Der Irrtum

über

Strafminderungsumstände.

Dissertation,
einer hohen Juristen-Fakultät der
Universität Tübingen
behufs Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Alfred Daniel
Referendar in Tübingen.

Druck von Adolf Daniel, Balingen.

Der Irrtum

über

Strafminderungsumstände.

Dissertation,
einer hohen Juristen-Fakultät der
Universität Tübingen
behufs Erlangung der Doktorwürde

ACAD. LANDSHUT BIBL.

vorgelegt von

Alfred Daniel
Referendar in Tübingen.

Genehmigt

auf Antrag des Referenten: Prof. Dr. Beling

am 22. Oktober 1910.

Inhalts-Verzeichnis.

I. Aufstellung des Themas.

1. Unvollständigkeit des § 59.
2. Die 2 Arten des Irrtums.
3. Die Minderungsfälle im R.St.G.B.
4. Arten der Minderungsumstände.
5. Die hier ausscheidenden Fälle.
6. Allgemeine Stellung in der Irrtumslehre.

II. Bisher gegebene Lösungen.

1. Irrtümliche Annahme und irrtümliche Unkenntnis des Minderungsgrundes sind irrelevant. (I. Gruppe).
2. Irrtümliche Unkenntnis ist irrelevant, irrtümliche Annahme relevant. (II. Gruppe).
3. Irrtümliche Unkenntnis ist relevant, irrtümliche Annahme irrelevant. (III. Gruppe).
4. Irrtümliche Unkenntnis und irrtümliche Annahme sind beide relevant. (IV. Gruppe).
5. Zusammenfassung.

III. Eigene Lösung.

A. Allgemeines.

1. Ratio legis und Gesetzeswortlaut.
2. Arten der Minderungsumstände.
3. Der Grundsatz: „Irrtum kann nicht den Tatbestand ersetzen".

B. Besonderer Teil.

1. § 217 („uneheliches Kind").
2. § 157.
3. § 370 Ziffer 5.
4. §§ 236, 313, 363, 217 („in oder gleich nach der Geburt") 56.
5. §§ 213, 216.

C. Zusammenfassung des Ergebnisses.

2. Besonderer Teil.
Berger, Der Mundraub
Gans, Vom Verbrechen des Kindsmords 1824
Jordan, Begriff und Strafe des Kindsmords 1844
v. Kleist, Das Verbrechen der Kindestötung 1862
Kunze, Der Kindesmord 1860
v. Liszt, Falsche Aussage 1877
Schlosky, Der Mundraub
Schneider, Vorsatz und Irrtum bei der Kindestötung
Heidelb. Diss. 1907
Student. Streitfragen in der Lehre vom Mundraub
Rost. Diss. 1906
Wehrli, Der Kindesmord Diss. 1889.

IV. Zeitschriften:

Aufsätze in versch. strafr. Zeitschriften, bes. im Gerichtssaal, die je an der betr. Stelle citiert werden.

Die Bedeutung des Irrtums über Strafminderungsumstände.

I. Aufstellung des Themas.

1. Unvollständigkeit des § 59.

„Die ganze Irrtumslehre ist nur die Doluslehre vom negativen Standpunkt aus betrachtet" sagt Frank treffend auf S. 134 seines Kommentars. Die sedes materiae der Irrtumslehre ist demnach der § 59 des R.St.G.B.

Freilich eine recht dürftige sedes materiae! Über eine ganze Reihe grundlegender Probleme der Doluslehre schweigt sich dieser Paragraph ganz aus: Wie es mit dem Irrtum über Strafminderungs-, Strafausschließungs- und Strafaufhebungsumstände, mit dem Irrtum bezüglich des Motivs und der Rechtswidrigkeit zu halten sei, — die Lösung dieser Fragen blieb, wie sich der Gesetzgeber auszudrücken pflegt, der Wissenschaft vorbehalten. Die Lehrbücher und Kommentare des deutschen Strafrechts behandeln denn auch mehr oder weniger vollständig alle diese Fragen. Nicht in gleichem Maße sind sie auch Gegenstand von Monographien geworden; insbesondere die Frage nach der Bedeutung des Irrtums über Strafminderungsumstände[1]) ist, soweit ich sehe, noch nirgends ex professo behandelt worden. Dies soll hier geschehen.

[1]) Die meisten Autoren sprechen von Strafmilderungsumständen; es ist aber besser und richtiger von Strafminderungsumständen zu sprechen, s. Beling. Grundzüge § 93 I b Anm., ferner § 53 des Strafgesetzbuchs und § 266 der St.P.O. Dies ist bei den späteren Citaten im Auge zu behalten.

2. Die zwei Arten des Irrtums.

Es handelt sich, wie man bei näherem Zusehen sofort erkennen wird, um zwei Fälle möglichen Irrtums:

1. der Täter kennt das Vorhandensein des Minderungsumstandes nicht oder er nimmt positiv an, der Minderungsgrund liege nicht vor, während er in Wahrheit vorliegt, z. B. die Mutter, die ihr uneheliches Kind tötet (217), weiß nicht, daß es unehelich ist, oder sie hält es irrtümlich für ehelich,
2. der Täter nimmt irrtümlich die Existenz eines Minderungsumstandes an, der in Wirklichkeit nicht vorliegt, z. B. die Mutter, die ihr eheliches Kind tötet (217), hält es für unehelich.

Im ersten Falle ist die Frage, konkret gesprochen, die: ob man auch einer Kindsmörderin, die gar nicht gewußt hat, daß sie uneheliche Mutter war, den milderen § 217 zu gute kommen lassen darf oder ob man sie nicht, da sie doch den Vorsatz der gemeinen Tötung hatte, nach 212 strafen muß. Umgekehrt fragt es sich im zweiten Fall, ob man die — in Wahrheit allerdings eheliche — Mutter, deren Tat sich also objektiv als gemeine Tötung im Sinne des § 212 darstellt, nicht gleichwohl dem milderen § 217 unterstellen soll, da sie doch immerhin geglaubt hat, eine uneheliche Mutter zu sein.

3. Die Minderungsfälle im R.-St.-G.-B.

Dieselben Fragen erheben sich mutatis mutandis bei einer ganzen Anzahl ähnlicher Fälle des R.St.G.B., nämlich den Fällen der §§ 111, 157, 158, 213, 216, 217, 233, 236, 313, 370, Z. 5.; aus dem allgemeinen Teil kommen die §§ 43, 49 und 56 in Frage.

4. Arten der Minderungsumstände.

Ein kurzer Blick auf diese Paragraphen genügt, um gewisse Verschiedenheiten der Minderungsumstände wahrzu-

nehmen. Beling (Grundzüge §§ 48, III, 92, II, 96, V, 93, II, 2 und „Lehre vom Verbrechen" S. 265, 294 und 377 teilt sie in drei Gruppen ein:

1. echte Minderungsumstände,
2. partielle Strafaufhebungsgründe,
3. Strafzumessungsanweisungen, mit der Untergruppe der mildernden Umstände.

Die Umstände Ziffer 1 verändern die Natur des betr. Deliktes, machen es zu einer minderen Art des Gattungsdelikts [1]: zu ihnen gehören 213, 216, 217, 236, 313, 370 Z. 5. Die Gründe Ziffer 2, außerhalb des Deliktes liegend, lassen dieses an sich unberührt, aber aus irgend einem post delictum eingetretenen Grunde eine geringere Strafe angezeigt erscheinen; Beispiel: 158. Die Umstände Z. 3. sind von denen Z. 1. nur technisch verschieden: Statt eines selbständigen, zahlenmäßig bestimmten Strafrahmens wird ein quotenmäßig bestimmter aufgestellt: so bei 157 und 56/57. Mildernde Umstände endlich sind unbenannte Minderungsumstände, die möglicherweise, wie die Ziffer 2, außerhalb der Tat selbst liegen; sie „lassen nach der gesamten Beschaffenheit des Falles die ordentliche Strafe als zu hart erscheinen." (Frank, S. 24.)

5. Die hier ausscheidenden Fälle.

Da nun die partiellen Strafaufhebungsgründe außerhalb des Deliktes liegen, den Vorsatz also nicht berühren, so spielt die Frage des Irrtums über sie keine Rolle. Dasselbe gilt von denjenigen mildernden Umständen, die außerhalb der Tat selbst gelegen sind. Sie scheiden also aus unserer Betrachtung ganz aus.

Es scheidet ferner aber auch der andere Teil der mildernden Umstände aus, deswegen, weil die Bedeutung des Irrtums, wie sich noch zeigen wird, aus der Natur des einzelnen Minderungsumstandes abzuleiten ist, und also jeder einzelne für

[1] So die allgemeine Auffassung, die, wie sich später zeigen wird, hier nicht geteilt wird.

sich untersucht werden muß, wenn die Bedeutung des Irrtums in Ansehung seiner erkannt werden soll, was bei der heterogenen Masse und vollständigen Unbenanntheit der mildernden Umstände naturgemäß nicht möglich ist. Immerhin wird man das aus der Betrachtung der anderen Minderungsumstände gewonnene Resultat auch für die mildernden Umstände verwerten können, sofern sich diese im einzelnen Fall mit einer der bei jenen zu unterscheidenden Gruppen vergleichen lassen, und dann von Gleichem das Gleiche gilt.

Endlich scheiden aus die von der herrschenden Lehre [1]) mit Unrecht unter die allgemeinen Strafminderungsgründe gerechneten Fälle des Versuchs und der Beihilfe, und zwar deshalb, weil sie bei Licht betrachtet gar keine Minderungsgründe sind. Der mildere Fall steht zum Normalfall notwendig im Verhältnis der Art zur Gattung, versuchtes und vollendetes Delikt jedoch stehen im Verhältnis kontradiktorischer Gegensätze. Das Fehlen des Minderungsparagraphen würde die Bestrafung aus dem Normalparagraphen zur Folge haben, das Fehlen des Versuchsparagraphen jedoch Strafloſigkeit des Täters. Seiner Tendenz nach ist also der Versu chetwas ganz anderes, als die Minderungsgründe: Nicht auf Beschränkung der strafbaren Handlung in der Quantität, sondern auf Ausdehnung in der Qualität ging der Gesetzgeber dabei aus. Vollendetes und versuchtes Delikt sind zwei ganz verschiedene Arten der Erscheinungsform „strafbare Handlung". Und im Grunde kann man den Versuch so wenig einen Minderungsgrund des vollendeten Deliktes nennen, als die Körperverletzung einen Minderungsgrund der Tötung oder als die Fahrlässigkeit einen Minderungsgrund des Vorsatzes. § 43 St.G.B. kommt also hier nicht in Betracht. Das Gleiche gilt von § 111, der durchaus versuchsartigen Charakter trägt. Dasselbe gilt endlich von der Beihilfe. Auch hier liegt nicht das Verhältnis von Gattung und Art zwischen Täter- und Beihilfetatbestand vor, auch hier tritt der Minderungsfall nicht so aus dem normalen heraus, daß bei ihm ein Tatumstand mehr bezw. weniger — eben der

[1]) Z. B. Frank, Komm., S. 25.

Minderungsumstand — gegeben sein müßte, vielmehr handelt es sich auch hier um zwei verschiedene Arten der Erscheinungsform „strafbare Handlung" und die Frage des Irrtums fällt ganz aus dem Rahmen dieser Arbeit heraus in andere Gebiete des Strafrechts.

Die nach alledem für unsere Betrachtung übrig bleibenden Arten von Umständen, die von Beling unterschiedenen Gruppen Ziffer 1 und Ziffer 3, können, da ihre lediglich technische Verschiedenheit für unsere Frage ohne Bedeutung ist, zunächst einheitlich behandelt werden. Später wird sich zeigen, daß sie nach einem mehr innerlichen Prinzip abzuteilen sind.

6. Allgemeine Stellung in der Irrtumslehre.

Die zahlreichen Streitfragen der Irrtumslehre über die Berechtigung einer Unterscheidung von Rechts- und Tatirrtum, von strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum, über die verschiedene Behandlung dieser Arten von Irrtum spielen für die hier zu erörternde Frage keine Rolle. Nach der Auffassung der richtigen Lehre, wie sie Binding und mit ihm in neuerer Zeit die Mehrzahl der Autoren, jetzt auch mehr und mehr Frank (Kommentar S. 134, 135) vertritt, kommt es nicht so sehr darauf an, auf welchem Rechtsgebiet der Irrtum liegt, als darauf, ob er zur Unkenntnis eines zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumstandes führt. Es bedeutet also eine Verschiebung des Problems, wenn Katzenstein (Z. 24, pag. 560.) den Irrtum über die Unehelichkeit der ihr Kind tötenden Mutter deswegen für irrelevant erklärt, weil es sich um einen Strafrechtsirrtum handle. Die Frage, die hier zu lösen ist, ist die, ob die Umstände, über die geirrt wird, zum gesetzlichen Tatbestand gehören, d. h. ob der Vorsatz des Täters sich auf sie erstrecken muß, wenn sie ihm zugerechnet werden sollen.

II. Bisher gegebene Lösungen.

Vier Variationen läßt die Lösung unseres Problems zu und jede derselben hat ihren Vertreter gefunden.

1. Möglichkeit: Sowohl die irrtümliche Unkenntnis eines Minderungsumstandes als die irrtümliche Annahme eines solchen ist irrelevant.
2. Möglichkeit: Die irrtümliche Unkenntnis ist irrelevant, die irrtümliche Annahme relevant.
3. Möglichkeit: Die irrtümliche Unkenntnis ist relevant, die irrtümliche Annahme irrelevant.
4. Möglichkeit: Sowohl irrtümliche Unkenntnis, als irrtümliche Annahme sind relevant[1]).

I. Gruppe: Binding und v. Liszt.

1. Bindings ältere Ansicht läßt sich in kurzen Worten so fassen:

A. Die Bestandteile der Norm heißen Deliktsmerkmale, die die Norm spezialisierenden Momente heißen Strafbarkeitsmerkmale,

B. Der Vorsatz hat sich nur auf Deliktsmerkmale zu erstrecken. Der Irrtum über Strafbarkeitsmerkmale ist irrelevant (so im Handbuch I, pag. 507). Nur „der Irrtum des Täters über ein Deliktsmerkmal schließt den Vorsatz aus". (Normen, II, 506).

Binding geht also davon aus, daß es z. B. parallel der Tötungsnorm auch nur einen einartigen Tötungsvorsatz gibt, nicht etwa neben diesem: „Ich will einen Menschen töten" noch einen besonderen „Ich will einen Ascendenten töten" oder „Ich will mein uneheliches Kind töten" und so fort. So heißt es denn Normen pag. 505: „Die bewußte Auflehnung des Täters gegen die Tötungsnorm bleibt ganz dieselbe, mag er einen Fremden oder aber seinen Vater erschlagen. Die Kenntnis des Täters von der Aszendentenqualität wird nur insoweit für den Strafgesetzgeber interessant, als das Zustandekommen des Tötungsvorsatzes trotz jenes natürlichen Hindernisses

[1]) Unsere Untersuchung beschränkt sich auf die Strafminderungsumstände; gleichwohl wird im folgenden mehrfach auch von den Straferhöhungsgründen die Rede sein, da diese mit den ersteren von der Literatur überwiegend zusammen abgehandelt werden.

einen Rückschluß auf die größere Intensivität des Vorsatzes zuläßt und den Gesetzgeber somit zu einer schärferen Strafdrohung berechtigt. Jene Wissenschaft interessiert ihn somit als ein Moment der Entstehungsgeschichte, nicht als Bestandteil des gewordenen Vorsatzes". Oder noch deutlicher „Normen" pag. 477: „Wenn es der Vorsatz nicht mit der strafbaren Handlung als solcher (sc. vielmehr mit der Norm) zu tun hat, dann werden für ihn auch solche Handlungsmerkmale nicht in Betracht kommen, die der Gesetzgeber lediglich als Anknüpfungspunkte für eine geschärfte oder gemilderte Strafdrohung verwendet: Wenn das Bewußtsein der Strafbarkeit zum Vorsatz nicht gehört, dann wird auch das Wollen und Wissen von strafschärfenden oder strafmildernden Tatmomenten zum Vorsatz nicht gehören können. . . . . Nun bestehen alle verbrecherischen Tatbestände, soweit sie nicht pönalisierte Gattungsdelikte sind, aus einer Kombination von Delikts- und Strafbarkeitsmerkmalen. Auf dieser Grundlage sind nur zwei wesentlich verschiedene, in sich einheitliche Dolusauffassungen möglich: Die eine sagt: Vorsatz ist Wissen und Wollen aller Delikts- und aller Strafbarkeitsmerkmale; die andere sagt: Der Vorsatz hat es mit der Strafbarkeit überhaupt nicht, also auch nicht mit den Strafbarkeitsmerkmalen, sondern allein mit den Deliktsmerkmalen zu tun."

Gegen diese dogmatische Enge des Systematikers Binding, der nur Delikts- und Strafbarkeitsmerkmale kennt, hat sich mit Recht schon Geyer (Krit. Viertelj.-Schrift, Band I der neuen Folge pag. 584) gewandt: „Die sogenannten Strafbarkeitsmerkmale Bindings sind ein Konglomerat von sehr Verschiedenartigem und es ist zu einer einheitlichen Doluslehre durchaus nicht erforderlich, ein gleichmäßiges Verhalten des Bewußtseins und Willens zu all diesen verschiedenen Verbrechensmerkmalen zu behaupten, sondern im Gegenteil: Aus einem den Begriffen der Schuld und des Willens wirklich entsprechenden Dolusbegriff wird nur folgen können, daß der Wille des Verbrechers sich indifferent verhält zu jenen Verbrechensmerkmalen, deren Bewußtsein die Schuld nicht erhöht, daß sich der Ver-

brecher dagegen jener Momente bewußt sein muß, deren Vorhandensein ihm zur Schuld zuzurechnen ist".

Nun hat freilich Binding in Tat und Wahrheit seine Strafbarkeitsmerkmale nicht alle über einen Leisten geschlagen — es wäre ja auch verwunderlich, wenn er im ganzen St.G.B. nur durch den Erfolg oder sonst die äußere Sachlage qualifizierte und privilegierte Delikte gefunden hätte — vielmehr sagt er im Handbuch, pag. 507, Note 1, gegen Hälschner: „Das Strafbarkeitsmerkmal besteht bald in der Wissenschaft von einem Tatumstand, bald in diesem selbst," also z. B. das Strafbarkeitsmerkmal des § 215 ist nicht die Vaterqualität des Getöteten, sondern das Wissen des Täters um diese Vaterqualität. Diejenigen, die nun daraus aber den Schluß zögen, der Vorsatz des Täters müsse sich also doch auf dieses Moment beziehen, würden die wahre Meinung Bindings weit verfehlen. Jenes Wissen ist ein Intensitätsmerkmal des Vorsatzes, nicht Inhalt desselben. Das, woran die Intensität des Vorsatzes gemessen wird, heißt es auf pag. 505, kann nicht selbst Inhalt des Vorsatzes sein.

Binding ist nun aber nicht der Ansicht, daß es lediglich von diesem Wissensmoment abhängt, ob in dem Beispielsfalle 212 oder 215 Anwendung findet. Zwar muß, wenn er nach 215 gestraft werden soll, der Täter wissen, daß er es mit einem Aszendenten zu tun hat, nicht aber wird er nach 215 gestraft, wenn er irrtümlich nur angenommen hat, der Getötete sei sein Vater. In den Normen selbst äußert sich Binding über diesen Fall nicht, seine Meinung läßt sich aber aus dem erschließen, was er dort pag. 513 über den analogen Fall bei den Milderungsgründen (der uns ja hier eigentlich auch allein interessiert) sagt: „Eine Mutter, die ihr uneheliches Kind in der Geburt vorsätzlich tötet, während sie es für ehelich hielt, fällt der milderen Strafe des § 217 anheim". Die Begründung dafür ist seinem Grundrisse von 1884 zu entnehmen, wo es pag. 102 heißt: „Da der Irrtum des Täters diese nicht vorhandenen Tatumstände nicht zu erzeugen vermag, so muß solcher Irrtum als irrelevant erachtet werden".

Wenn nun nach alledem Binding auch im Hinblick auf seine oben angeführten allgemeinen Grundsätze in diese 1. Gruppe gehört, so zeigt sich doch, daß er sein Prinzip bei den einzelnen Fällen je nach dem abwandelt und dann an die Seite der in der II. Gruppe zu nennenden Autoren tritt.

2. v. Liszt. Er vertritt klar und konsequent den Standpunkt der ersten Gruppe. Auf pag. 174 seines Lehrbuchs steht: „Der Vorsatz hat nichts zu tun mit den in den besonderen Tatbestand aufgenommenen Strafmilderungsgründen"; er stellt dieselben mit Prozeßvoraussetzungen, Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründen auf eine Stufe, und zwar wie sich aus der Fußnote ergibt, teils aus Zweckmäßigkeits- und Gerechtigkeitserwägungen, teils unter Berufung auf den Wortlaut des § 59. Ueber erstere läßt sich nun weiter nicht diskutieren, sicher ist nur, daß andere Autoren das Gerechtigkeitsgefühl gerade für die gegenteilige Ansicht reklamieren, z. B. Binding und Hälschner, ja daß selbst solche Schriftsteller, die den v. Liszt'schen Standpunkt teilen, die Diskrepanz ihres Resultates mit dem Billigkeitsempfinden bedauern (so Wehrli, pag. 69).

Was aber die Berufung auf den Wortlaut des § 59 angeht, so kann sie m. E. von Liszt's Auffassung nicht stützen. Es liegt ja allerdings recht nahe, so wie es von Liszt offenbar, Oetker pag. 88 und Schweizer pag. 62, auch Binding [1]) ausdrücklich tun, mittels eines argumentum a contrario die Irrelevanz des Irrtums über strafmindernde Umstände zu erschließen. Doch stehen solcher Beweisführung gewichtige Bedenken entgegen [2]). Einmal schweigt sich § 59 über eine ganze Reihe von Irrtumsarten und -Möglichkeiten, wie schon einleitend erwähnt, ganz aus. Daß für alle sie nun das Gegenteil von dem gelte, was § 59 bestimmt, daß also das Schweigen des § 59 in dieser Hinsicht ein konkludentes sei, ist nirgends

[1]) In seinem Grundriß, S. 110. Unsere Untersuchung wird aber zeigen, daß die Ausnahmen, die Binding dort zuläßt, die Regel bilden.

[2]) Uebereinstimmend Schneider, l. c. pag. 28, Note 1

behauptet. Vielmehr ist die gesamte Literatur daran gegangen, die Bedeutung des Irrtums in diesen Fällen aus allgemeinen wissenschaftlichen Gesichtspunkten abzuleiten. Man darf behaupten, daß sich die Wissenschaft damit durchaus im Sinn des § 59 bewegt hat: Wie die Geschichte des Preuß. St.G.B., dessen § 44 ja das Vorbild unseres § 59 ist, deutlich beweist (siehe v. Hippel, V. D. III. pag. 472 ff.), hat der Gesetzgeber wiederholt ausgesprochen, daß der § 44 keinen konkludenten Sinn habe, sondern nur ausdrücke, was sich aus dem Begriff des Vorsatzes eigentlich von selbst ergebe. Der Gesetzgeber hat also selbst nichts anderes sagen wollen, als was die Wissenschaft konstruktiv aus den allgemeinen Begriffen des Strafrechts ableiten würde und ableitet, und es heißt nur im Sinne des Gesetzgebers handeln, wenn man die Lösung auch der nicht bedachten und geregelten Möglichkeiten auf demselben Wege sucht. Das hat auch die Wissenschaft von jeher getan. Daß das Gesetz in § 59 die straferhöhenden Umstände noch besonders erwähnt, kann man sich sehr wohl damit erklären, daß es das kriminalpolitische Prinzip der Schuldhaftung gegenüber den gerade hier im Gesetz noch zahlreich vorhandenen Fällen der Erfolgshaftung als Regel betonen wollte.

Die Auffassung v. Liszt's scheint mir übrigens seiner Lehre von der Relevanz des „wesentlichen" Irrtums zu widersprechen: Wenn der wesentliche Irrtum relevant und der Irrtum dann ein wesentlicher ist, wenn der Täter anders gehandelt hätte, sofern er von dem betreffenden Umstand die richtige Kenntnis besessen hätte, so muß doch der Irrtum sicherlich in Ansehung solcher Momente wesentlich sein, die der Gesetzgeber selbst als Handlungsmotive so besonders wertet, daß er ihretwegen den normalen Strafrahmen erweitert oder verengert. Diese Konsequenz ist um so zwingender, als ja v. Liszt sogar den Irrtum über ganz außerhalb des Tatbestandes liegende, nicht gesetzliche Umstände für möglicherweise relevant erklärt.

Ferner, scheint mir, müßte v. Liszt nach dem, was er in § 46, I., 2. b über die Lehre vom Versuch ausführt, im Fall der irrtümlichen Nichtannahme des Minderungsgrundes

Versuch des gemeinen Delikts in idealer Konkurrenz mit dem privilegierten Delikt annehmen (oder sollte ein Fall nur scheinbarer Konkurrenz vorliegen?), eine Auffassung, die z. B. v. Hippel V. D. III. pag. 430 vertritt. Freilich meint v. Hippel und auch Olshausen zu 217, es würde sich nur um einen Versuch am untauglichen Objekt handeln. Daß aber von untauglichem Objekt in den Minderungsfällen des R.St.G.B. gar keine Rede sein kann, und daß die Kategorie des Versuchs hier mißbräuchlich angewendet wird, wird sich weiter unten zeigen. (pag. 30, Fußnote).

3. Die Meinung v. Liszt's teilt Oppenhoff (11. Aufl. Note 17 zu § 59), ohne nähere Begründung unter Anführung zweier schlecht treffender Beispiele.

2. Gruppe.

Ihre Repräsentanten sind die beiden Kommentatoren des St.G.B., Olshausen und Frank, in deren Gefolge sich wohl auch ziemlich einmütig die Praxis der Gerichte befindet.

Sie behandeln die beiden Problemfälle verschieden:

1. Der Täter nimmt irrtümlich das Vorhandensein eines Minderungsgrundes an, z. B. die eheliche Mutter, die ihr Kind tötet, glaubt unehelich zu gebären: Hier soll 217 Platz greifen: Der Irrtum kommt dem Täter zu Gute.

Olshausen begründet diese Ansicht damit, daß er sagt, der Täter habe seine Tat nicht in dem Umfange gewollt, in dem er sie vornahm, d. h. er habe nur ein uneheliches, kein eheliches Kind töten wollen.

Frank macht, nachdem er auf Grund seines Begriffs der negativen Tatumstände den Satz aufgestellt hat, — pag. 129 unten — die irrige Annahme eines Tatumstandes, dessen tatsächliches Vorliegen die Rechtswidrigkeit beseitigen würde, schließe den Vorsatz aus, einen naheliegenden Schluß a majore ad minus, wenn er auf pag. 130 seines Kommentars fortfährt: „Ganz nach demselben Gesichtspunkt ist auch die irrtümliche Annahme eines solchen Tatumstandes zu beurteilen, der, wenn er vorläge, die Strafbarkeit vermindern würde." Zur

Verdeutlichung führt er dann das oben genannte Beispiel des § 217 an. Frank macht dabei ungefähr folgende Konstruktion: Die Norm des § 212 wird durch die des § 217 eingeschränkt, so daß man sich die Eigenschaft des Getöteten als unehelichen Kindes als negativen Tatumstand des § 212 zu denken hätte, welcher sonach vollständig lauten müßte: Wer einen Menschen, sofern dieser nicht ein uneheliches, neugeborenes Kind ist, tötet, wird . . . . bestraft. Nimmt nun der Täter an, es handle sich um ein uneheliches Kind, so entfällt der für 212 erforderliche Vorsatz und es kann nur § 217 Platz greifen. Frank teilt also im Grunde[1]) die Vorstellung Olshausens, daß § 217 das Objekt „uneheliches Kind" aus § 212 ausscheide, daß der Erfolg bei der gemeinen Tötung ein anderer — der Strafdrohung nach zu schließen: größerer — sei, als bei der Kindestötung.

Man erkennt bereits, welche Stellung Olshausen und Frank hiernach zum zweiten Problemfall einnehmen.

2. Der Täter kennt das Vorhandensein eines Minderungsgrundes nicht, z. B. die Kindsmörderin weiß nicht, daß sie unehelich geboren hat. Da objektiv die Tötung eines unehelichen Kindes vorliegt, die Tötung eines solchen aber durch den speziellen § 217 geregelt ist, so hat dieser Paragraph hier Anwendung zu finden. So beide Autoren bei § 217. In den Anmerkungen zu § 59, also über den generellen Problemfall, findet sich bei Olshausen nur der nackte Satz: „Strafvermindernde Umstände sind dem Täter auch bei Unkenntnis ihres Vorhandenseins zuzurechnen". Der Hinweis auf § 157 Z. 2 als Beispiel vermag seine Blöße nicht zu decken. — Frank behandelt diesen Fall ausdrücklich überhaupt nicht. Aber es ist nicht schwer, aus seinen allgemeinen Anschauungen seine Meinung in diesem besonderen Fall abzuleiten. Zweifellos will Frank den Satz, daß der Irrtum die Strafbarkeit nicht begründen könne (Komm. S. 136), auch in der Erweiterung gelten lassen, daß er erhöhte Strafbarkeit nicht zu begründen

[1]) Anders freilich und richtig in „Aufbau des Schuldbegriffs," l. c. S. 524.

vermöge. Die Vorstellung dabei ist die, daß nicht der böse Vorsatz an und für sich, sondern nur der vom Vorsatz begleitete Erfolg bestraft werden könne, daß daher in Fällen einer Diskrepanz zwischen Vorsatz und Erfolg immer das Weniger den Ausschlag geben müsse, im ersten Falle also der geringere Vorsatz, im zweiten der geringere Erfolg.

Der Fehler dieser beiden Autoren ist der, daß sie es unterlassen, die verschiedene Natur der einzelnen Minderungsfälle zu untersuchen und daß sie infolgedessen, unter vollständiger Verkennung der ratio legis, zu teilweise unrichtigen Resultaten gelangen [1]). Doch macht sich der Fehler ihrer Auffassung in der Praxis deswegen weniger bemerkbar, weil sie immerhin dem Grundsatz „in dubio mitius" gerecht wird. Darüber, daß bei ihrer Entscheidung des zweiten Falles eine Unstimmigkeit besteht, insofern als auf Grund des § 217 gestraft werden soll, obwohl der diesem charakteristische Vorsatz fehlt, scheinen diese Schriftsteller Bedenken nicht empfunden zu haben.

In dieser Gruppe ist endlich noch ein Autor zu nennen, der freilich unsere Fragen nur mit Bezug auf § 217 angeschnitten hat: Wehrli. Auf Seite 69/70 seiner Schrift heißt es: „Von Liszt hält den Irrtum für völlig bedeutungslos . . . Seine Ansicht ist freilich für den Fall richtig, wenn die Mutter das uneheliche Kind tötet in der Meinung, dasselbe sei ein eheliches. Denn einmal würde das Gegenteil gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes verstoßen, andererseits kann die irrtümliche Annahme von nicht vorhandenen straferhöhenden oder strafschärfenden Momenten dem Täter nicht zugerechnet werden; nur für den Angriff wider das tatsächlich Vorhandene, nicht für die Vernichtung eines nach Ansicht des Handelnden unter erhöhtem Strafschutz stehenden Objekts (sic!) kann derselbe zur Verantwortung gezogen werden. Vom lediglich moralischen Standpunkt aus wäre man versucht, die gewöhnlichen Regeln

[1]) Frank hat freilich in seiner Abhandlung „Über den Aufbau des Schuldbegriffs" zwei Arten von Minderungsumständen ganz richtig unterschieden (l. c. S. 524), diese Unterscheidung aber in seinem Kommentar nicht verwertet.

über Mord und Totschlag anzuwenden". Und doch hat Wehrli selbst (S. 55) gesagt: „Allen Privilegierungsgründen, die vom Objekt ausgehen, wird der Boden von vornherein dadurch entzogen, daß wenn diese maßgebend sein sollten, dann auch der Vater, ja überhaupt jeder Dritte, welcher ein uneheliches Kind tötet, gelinder bestraft werden müßte."!

3. Gruppe.

Die dritte Gruppe für sich bildet v. Schwarze, der auf einem dem vorigen gerade entgegengesetzten Standpunkt steht. Den entscheidenden Punkt der Frage scharf erfassend, schreibt er mit Bezug auf den 2. Problemfall (Note 11 zu § 59. s. Komm. v. 1884): „Die Unwissenheit über ein faktisches Verhältnis schließt den Minderungs- oder Strafausschließungsgrund aus wenn das Motiv des letzteren darin beruht, daß der Täter mit Rücksicht auf das Verhältnis, so wie geschehen, gehandelt habe." In der Fußnote führt er das schlüssige Beispiel an: Demjenigen, welcher einen Angehörigen begünstigt, sei der Strafausschließungsgrund des § 247 dann zu versagen, wenn er den Begünstigten irrtümlich für einen extraneus gehalten habe.

Um so verwunderlicher ist seine Entscheidung des ersten Problemfalles: „Die irrige Annahme eines Milderungsgrundes fällt nicht unter § 59, berührt überhaupt den Dolus nicht und kann daher nur als Strafabmessungsgrund in Betracht kommen". Seltsam: Wenn die Mutter, die ihr uneheliches Kind tötet, ohne die Unehelichkeit gekannt zu haben, nach Schwarze unter § 212 fallen soll, so kann doch der Grund dafür nur im Vorsatz gefunden werden; die Meinung dabei ist doch die, daß die Täterin, die die Unehelichkeit des Kindes nicht kannte, nicht in denjenigen psychischen Zustand versetzt war, in dem gehandelt zu haben, den Minderungsgrund des § 217 ausmacht. Also: Die durch das Bewußtsein der Unehelichkeit hervorgerufene seelische Depression ist für die Anwendung des § 217 erforderlich, sagt v. Schwarze selbst; daß sie aber auch genüge, leugnet v. Schwarze.

4. Gruppe.

Eine folgerichtige Anwendung von Schwarze's richtigem Grundgedanken haben nun die Vertreter der 4. Gruppe gegeben, allen voran Hälschner und Binding. In des ersteren System I, pag. 271, heißt es: „Während § 59 des Irrtums über Tatumstände, welche die Strafbarkeit erhöhen, ausdrücklich gedenkt, erwähnt er nicht ebenso den Irrtum über Tatsachen, welche die Strafbarkeit mildern oder ausschließen. Gleichwohl muß er auch auf den Irrtum über solche Tatsachen bezogen werden, sofern es eben Tatsachen sind, die zum gesetzlichen Tatbestand einer Handlung gehören, für die das Gesetz gemilderte Strafe oder Ausschluß der Strafbarkeit angeordnet hat. Soweit also das Gesetz Strafmilderung oder Straflosigkeit in Rücksicht auf Tatumstände anordnet, von denen es einen mitbestimmenden Einfluß auf das Wollen des Täters voraussetzt, sind diese Tatumstände dem Handelnden, der in Betreff ihrer im Irrtum befangen war, nicht zuzurechnen. Daraus ergibt sich, daß, wenn die Handlung nach ihrer äußeren Beschaffenheit dem gesetzlichen Tatbestand eines strafbaren Delikts entspricht, und vom Täter in dieser strafrechtlichen Bedeutung beabsichtigt war, sie auch dementsprechend zu strafen ist, und daß ihm ein gesetzlicher Strafmilderungs- oder Ausschließungsgrund nicht zu gut kommt, wenn ihm die Tatumstände, von deren Dasein er abhängig ist, unbekannt waren." Dies seine Entscheidung des einen Problemfalls, für den er folgende Beispiele anführt: „Die dem Angehörigen gewährte Begünstigung ist strafbar bei Unkenntnis der Angehörigkeit. Wer ohne zu wissen, daß er in der Lage ist, Notwehr zu üben, verletzt oder tötet, ist strafbar. Die Mutter die ihr uneheliches Kind in der Ueberzeugung, daß es ein eheliches sei, tötet, ist der vorsätzlichen Tötung, nicht der milder zu strafenden Kindestötung schuldig."

Mit Bezug auf den anderen Problemfall fährt er (l. c.) fort: „Umgekehrt kann dem Täter die Tatsache, daß die die Strafbarkeit mildernden oder ausschließenden Umstände mangeln, während er sie irrtümlich als vorhanden annahm, nicht zur Last gelegt werden."

Hälschner ist sich nun aber wohl bewußt, daß diese Entscheidung nicht für alle Minderungsfälle gilt. Er schreibt (l. c.) weiter: „In manchen Fällen übt jedoch der Irrtum, obwohl er sich auf ein zum gesetzlichen Tatbestand gehörendes Moment bezieht, und zwar auf ein solches, von welchem das Gesetz Milderung oder Ausschluß der Strafbarkeit abhängig macht, keinen Einfluß auf die strafrechtliche Beurteilung der Tat aus. Es tritt trotz solchen Irrtums gemilderte Strafe oder Straflosigkeit ein, wenn das Gesetz sie von Tatumständen abhängig macht, die für die Gestaltung des Vorsatzes indifferent sind, deren Kenntnis oder Unkenntnis deshalb auch für die Beurteilung der Handlung ohne Wert sind." Beispielsweise nennt er den Fall des § 57 und des § 247.

Binding (Grundriß pag. 109, Z. 6.) geht bei seiner neueren Auffassung zwar davon aus, daß man aus § 59 vermittels eines argumentum a contrario als Regel zu entnehmen habe, die irrtümliche Unkenntnis von Strafminderungsgründen sei irrelevant. „Diese Regel," fährt er aber dann weiter fort, „wird überall da durchbrochen, wo der Milderungsgrund zweifellos auf die Kenntnis von einem Sachverhalt gestützt wird: die uneheliche Mutter, die ihr Kind für ehelich hält und tötet, unterfällt trotz des § 59 dem § 217 nicht." Ueber den Fall der irrtümlichen Annahme von in Wahrheit nicht vorhandenen Minderungsumständen bestimme das Gesetz nichts; da der Irrtum des Täters diese nicht vorhandenen Umstände nicht zu erzeugen vermöge, so könne sein Irrtum nicht ohne Weiteres beachtlich sein. Man müsse aber unterscheiden: „Findet das Gesetz den Grund der Privilegierung, daß ich so sage in einer Tatsache des Gemüts, so würde das mildere Gesetz — aber freilich nur per analogiam — auch auf die Täterin anwendbar sein, der die Pfaffen eingeredet, ihr eheliches Kind sei unehelich, wie ja auch die irrtümliche Annahme der Notwehr die Freisprechung nach Analogie von § 53 begründen kann. Ist aber der Milderungsgrund rein objektiv gedacht, wie beim Diebstahl unter Ehegatten, so bleibt seine irrtümliche Annahme durch den Täter ohne allen Belang."

Den Standpunkt Hälschners und Bindings teilen Finger, Lehrbuch I, S. 250: „Es wird zu unterscheiden sein, ob das Gesetz die mildere Strafe knüpft an die Kenntnis gewisser Umstände oder an die Tatsache ihres Vorhandenseins. Im ersteren Falle wird die irrige Annahme entschuldigen, in letzterem nicht". Ferner Geyer (s. o. S. 13) und Rüdorff-Stenglein (3. Aufl. zu § 59): „Irrtum schließt die Strafbarkeit nicht aus, wenn es sich um einen zum Tatbestand gehörigen Umstand handelt, bezüglich dessen das Gesetz nur das objektive Vorliegen fordert".

5. Zusammenfassung.

Wirft man hier am Schuß noch einmal den Blick zurück auf die Ansichten der bisher genannten Autoren, so sieht man: Während der eine Teil von ihnen alle Minderungsgründe gleich behandelt, macht der andere Teil Unterschiede. So fanden wir schon in der ersten Gruppe, daß Binding, sein starres Grundprinzip abwandelnd, das Strafbarkeitsmerkmal bald in einem objektiven Moment (dem Strafbarkeitsmerkmal selbst), bald in einem subjektiven (dem Wissen um das Strafbarkeitsmerkmal) bestehen läßt. Wir fanden weiterhin, daß Schwarze, das Motiv der einzelnen Minderungsgründe hervorhebend, treffend zwei Arten derselben unterschied, und wir fanden endlich, daß Hälschner und Binding dem Schwarzeschen Gedanken seine folgerichtige Durchführung gaben und ebenfalls zwei Arten von Umständen scharf auseinanderhielten. Aber nicht genug damit: Beling (dessen Ansicht freilich erst aus dem Zusammenhalt getrennter Stellen seines Grundrisses erkennbar wird: s. § 48 I—III, § 23 II; L. v. B. S. 270 bis 293), teilt die Strafänderungs- bezw. Strafminderungsumstände in drei Gruppen ein:

1. Umstände, die eine Typusverschiedenheit zur Folge haben: tatbestandliche Umstände
2. Umstände, die den Typus nicht verändern, und zwar
   a. auf schuldlichem Gebiet liegende Umstände.
   b. Strafdrohungsbedingungen.

Auch Frank unterscheidet in der Abhandlung „Über den Aufbau des Schuldbegriffs" (Gießener Festschrift S. 523) ganz

richtig zwischen Aenderungsumständen, die objektiver und solchen, die schuldlicher Natur sind. Daß er nicht auch die dritte mögliche Art gesehen und daß er in seinem Kommentar die Folgerungen aus dieser Unterscheidung für die Irrtumslehre noch nicht gezogen hat, rührt lediglich daher, daß Frank in der genannten Schrift die Minderungsgründe nur eingangs erwähnt und ohne die Frage nach dem Verhältnis des Vorsatzes zu diesen Umständen aufzuwerfen, gleich zur Behandlung der Schuldausschließungsgründe übergeht.

Vom richtigen Weg dagegen abführend ist die Einteilung Schneiders in seiner Dissertation „Vorsatz und Irrtum bei der Kindestötung", der vier Gruppen von Minderungsumständen aufstellt:

1. Die von uns oben ausgeschiedenen, von Beling sogenannten „partiellen Strafaufhebungsgründe" (z. B. § 158).

2. Fälle, bei denen der Strafminderungsgrund auf subjektivem Gebiet liegt und auch die Abgrenzung von dem Hauptdelikt demgemäß erfolgt ist. Schneider führt §§ 157 Ziff. 2 und 313 an.[1])

3. Fälle, bei denen der Strafminderungsgrund ebenfalls auf subjektivem Gebiet liegt, die Minderung aber nur eintreten soll, wenn neben der subjektiven Tatsache noch ein objektiver Tatumstand vorliegt, der das Motiv im Täter erst weckt. Mildere Strafe tritt nur ein, wenn beide Bedingungen erfüllt sind. Beispiele: 213, 233.[2])

[1]) Offenbar hat er die Fälle der von uns weiter unten sogenannten „primär psychischen Schuldumstände" im Auge, in welchem Fall dann freilich § 157 Ziff. 2 zu Unrecht hier genannt wäre: Es ist nicht einzusehen, in wiefern die Tatsache des Aussageverweigerungsrechts „ein Vorgang des eigenen Seelenlebens des Täters" (S. 25) sein soll.

[2]) Warum Schneider den Fall 216 nicht hieher zieht, sondern ihm eine Sonderstellung einräumt (S. 30), ist nicht ersichtlich; „eine Tatsache fremden Seelenlebens" (das Tötungsverlangen des Anderen) ist doch vom Standpunkt des Täters aus ebenfalls nichts anderes als ein objektives Moment.

4. Fälle, bei denen der Strafminderungsgrund wiederum auf subjektivem Gebiete liegt, die Ausscheidung aber auf objektivem Gebiet erfolgt ist: 157 Ziff. 1, 217. „Allein entscheidend ist das Vorhandensein des objektiven Tatbestandes" (S. 26.)

In den Fällen 1 und 2 scheidet nach Schneider die Frage des Irrtums ganz aus. In den Fällen 3 und 4 ist der Irrtum irrelevant. Dieser Verfasser kommt demnach zu ganz unhaltbaren und von der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller abgelehnten Ergebnissen. Sein Fehler besteht darin, daß er sich ganz äußerlich an die Formulierung der verschiedenen Paragraphen gehalten hat, reine Wortauslegung treibt, anstatt zu einer (bei der notorisch mangelhaften Redaktion des St.G.B. doppelt notwendigen) Willensinterpretation vorzudringen.

III. Eigene Lösung.

A. Allgemeines.

Es ist, wie Krug (l. c. S. 3) mit Recht bemerkt, auffällig, daß die Literatur die sowohl durch den § 59 wie durch den § 50 nahegelegte Frage nach Art und Wesen der verschiedenen Tatumstände fast gar nicht behandelt hat. Außer in der genannten Arbeit Krug's finden sich über das Dürftigste hinausgehende Ausführungen nur bei Finger, Lehrbuch I. S. 246 ff. Daß diese Frage von eminenter Bedeutung ist, wird sich im Verlauf unserer Untersuchung deutlich zeigen.

1. Ratio legis und Gesetzeswortlaut.

Der Leitfaden unserer Untersuchung ist in letzter Linie nichts anderes als der Wille des gerechten und vernünftigen Gesetzgebers. In diesem Sinne führte der belgische Minister Moddermann anläßlich der Beratung des dortigen Strafgesetzbuchs in der Kammer aus: ob der Vorsatz sich auf straf-

erschwerende Umstände beziehen solle, das hänge vom Willen des Gesetzgebers bei den einzelnen Delikten ab; auf den Grund der Straferschwerung komme es an (zitiert bei v. Hippel, V. D. III S. 410).

Krug (l. c. pag. 2) sagt in Uebereinstimmung damit, die Frage nach dem strafrechtlichen Gehalt eines Tatumstandes falle zusammen mit der nach seinem legislatorischen Grundgedanken, und Beling, L. v. V. pag. 59 meint: „Ob ein Umstand dem Tatbestand als zu ihm gehöriges Element zuzuweisen oder bloß tatbestandsfremde Strafdrohungsbedingung ist, wird oft zweifelhaft sein können. Der Zweifel muß durch Auslegung auf der Grundlage des betr. Strafgesetzes beseitigt werden." Auch die die richtige Ansicht vertretenden Autoren Hälschner und Binding gehen, wie wir gesehen haben, beide jeweils auf die Gründe der Privilegierung und Qualifizierung zurück und machen von deren Natur die Relevanz oder Irrelevanz des Irrtums abhängig.

Von welch einschneidender Bedeutung die ratio legis für die richtige Auffassung eines Deliktes sein kann, zeigt am deutlichsten der Streit um § 247. Binding schreibt darüber, (Normen II pag. 475): „Schon Hälschner hatte in sehr klarer Weise darauf aufmerksam gemacht, daß bei den Entwendungen, verübt unter Angehörigen, das Verwandtschaftsbewußtsein leicht den Vorsatz ausschließen kann; der Täter mag auf Zustimmung des Bestohlenen rechnen oder wirklich glauben, das Recht verbiete solche Aneignung nicht. Hälschner hatte nun ganz klar nachgewiesen, daß § 228 des preuß. St.G.B. entsprechend dem § 247 R.St.G.B. mit diesen Fällen gar nichts zu tun hat, sondern gewissen vorsätzlich begangenen Entwendungen Straflosigkeit zusichert, weil er es mit der Heiligkeit der Familie in Widerstreit stehend erachtet, daß in einem Strafprozeß der Sohn als Denunziant gegen den Vater als Denunziaten auftritt. Merkel ignoriert leider diese durchaus zutreffende Auslegung des Gesetzes. Nach ihm steht der aufgestellte Strafausschließungsgrund keineswegs außer Zusammenhang mit der Schuldfrage, eben weil sich unter den genannten Personen bis zu einem

gewissen Grade die scharfen Grenzen des Privateigentums verwischen". Nach Binding und Hälschner würden wir es mit einem persönlichen Strafausschließungsgrund zu tun haben, in Ansehung dessen der Irrtum gänzlich irrelevant ist, nach Merkel hingegen mit einem Schuldausschließungsgrund, der mit der subjektiven Seite der Tat (und damit auch dem Irrtum) in engster Beziehung steht.

Speziell für einen der von uns behandelten Fälle, nämlich den Kindesmord, hat kein Geringerer als Wächter (Archiv für das Kriminalrecht, 1835 pag. 78 es ausgesprochen: „Was soll nun aber der Grund der gelinderen Behandlung dieses Tötungsfalles sein? Das ist eine Frage, von welcher zum Teil der Tatbestand des Verbrechens wesentlich abhängt". Endlich sei noch Jordan angeführt (pag. 81): „Liegt ein Kindesmord vor, so muß vor allem untersucht werden, ob er als Kindsmord im spezifischen Sinn des Wortes betrachtet werden kann, und das kann er nur, wenn das Motiv zu demselben bewiesen werden kann."

Um diese Erscheinung, daß der Wortlaut des Gesetzes durch die ratio legis verdeutlicht und berichtigt werden muß, zu verstehen, bedarf es einer Erkenntnis, die bei Krug (pag. 2, l. c.) einen klaren Ausdruck findet: „Wir dürfen nicht übersehen, daß die Tatumstände eine zwiefache Funktion und gewissermaßen eine doppelte Seite haben: nach innen nämlich ergeben die Tatumstände in ihrer Verbindung die Deliktsschuld und so entspricht jeder einzelne Tatumstand einem bestimmten Schuldmomente, das er versinnlicht . . . Nach außen dagegen sind die Tatbestandsmerkmale Erkennungszeichen des Delikts und als solche müssen sie gewissen äußeren, technischen Anforderungen genügen: sie müssen einen gewissen sinnlichen Gehalt haben, in Worten klar und kurz faßbar und äußerlich leicht wahrnehmbar und unterscheidbar sein. Indem das Gesetz nun dieser letzteren Funktion Rechnung trägt, muß es vielfach davon abstehen, die reinen Schuldmomente selbst direkt aufzunehmen; es bringt sie vielmehr nur unter der Form äußerer, gewissermaßen präsumptiver Merkmale, hinter denen sich das eigentliche Schuldmoment

birgt." Das ist es, was viele Schriftsteller übersehen haben: daß man hinter einem Tatbestandsmerkmal bisweilen einen Schuldumstand suchen muß, daß, wie Binding sich ausdrückt, jener nur für diesen „symptomatisch" ist. Der Mangel dieser Erkenntnis vor allem ist es, der Schneider dazu gebracht hat, den Wortlaut des Gesetzes bei seiner Auslegung entscheidend sein zu lassen.

2. Arten der Minderungsumstände.

Nicht einartig — das hat uns die kritische Durchsicht der Literatur oben gelehrt — dürfen die Minderungsumstände genommen werden: Der Fehler der meisten Autoren ist gerade ihre Einseitigkeit: was sie sagen, gilt, nur nicht allgemein. Schon a priori können wir drei Arten von Minderungsumständen uns vorstellen:

1. Minderungsumstände rein schuldlicher Natur; um zugerechnet zu werden, genügt ihr Vorliegen in der Seele des Täters. Der Erfolg des minderen Deliktes ist derselbe wie der des gemeinen: bei 217 z. B. ein Mensch getötet, aber die Schuld ist, wenn der betreffende Minderungsumstand, jener Schuldumstand, vorliegt, eine geringere.
2. Minderungsumstände rein äußerlicher Natur. Ihr objektives Vorliegen genügt, um die geringere Strafe eintreten zu lassen. Der Erfolg ist bei ihrem Vorhandensein ein geringerer als im gewöhnlichen Fall und dies kommt dem Täter zu gute: durch den Erfolg privilegierte Delikte.
3. Minderungsumstände tatbestandlicher Natur, d. h. Umstände, die, um dem Täter zugerechnet werden zu können, sowohl objektiv als in der Psyche des Täters vorhanden gewesen sein müssen. Auch hier liegt gegenüber dem Grunddelikt ein weniger schwerer Erfolg vor. Aber dieser soll doch nur zur Strafminderung führen, wenn er sich auch im Be-

wußtsein des Täters gespiegelt hat, andererseits soll Strafminderung nicht dann schon eintreten, wenn der Täter den Minderungsumstand nur für vorliegend gehalten hat, sondern nur, wenn dieser auch objektiv vorlag. (Ein tatbestandlicher Umstand entsteht also, wenn ein rein äußerlicher Umstand mit dem Schuldhaftungsgedanken verbunden wird).

Dabei ist nun charakteristisch, daß diese letztere Art von ihren Vertretern (Olshausen, Frank und insbesondere Beling) nicht streng festgehalten wird, nicht streng festgehalten werden kann; denn sie führt sonst zu der bereits angedeuteten Schwierigkeit, daß man in Fällen des Irrtums, der Diskrepanz, zwischen objektiver und subjektiver Tatseite, will man nicht zur Freisprechung gelangen, den Tatbestand des Minderungsparagraphen als gegeben annehmen muß und dann im Grunde sich — im Fall der irrtümlichen Unkenntnis des Minderungsumstandes mit dem rein objektiven Vorliegen, im Fall der irrtümlichen Annahme desselben mit seinem subjektiven Vorliegen genügen lassen. Diese dritte Auffassung wird dann eigentlich in der Weise umgebogen, daß objektiven und subjektiven Moment nicht mehr im Korrelats- sondern im Alternativverhältnis stehen. Damit wird aber, bei Licht besehen, nicht mehr nur ein Minderungsgrund im betreffenden Falle angenommen, sondern deren zwei, einer schuldlicher Natur und einer erfolglicher Natur. Zwar soll nicht geleugnet werden, daß nicht auch einmal zwei Minderungsgründe neben einander auftreten können; insbesondere daß sie kumulativ nebeneinander stehen, ist sehr wohl denkbar; das St.G.B. scheint sogar ein Beispiel in § 233 zu bieten, wenigstens für den Zweittäter (für den Ersttäter handelt es sich um einen „partiellen Strafaufhebungsgrund"); nur muß dies in jedem einzelnen Fall erst nachgewiesen werden. (Den § 213 z. B. möchte ich nicht, wie Schneider es tut, hierher rechnen: Bei diesem liegt der Nachdruck ersichtlich auf dem subjektiven Moment des Gereiztseins; die Beleidigung oder Mißhandlung von seiten des Gegners wird nur als Hauptbeispiel einer äußeren Ursache

genannt, was aus dem Hinweis auf andere mildernde Umstände ganz deutlich hervorgeht).

Unter diese drei Arten werden sich nun offenbar in letzter Linie — wenn man von der technischen Ausgestaltung ab- und nur auf die Wirkung des Irrtums hinsieht — alle Minderungsumstände des St.G.B. bringen lassen müssen.

3. Irrtum kann nicht den Tatbestand ersetzen.

Man muß sich hiebei des tiefgreifenden Unterschiedes zwischen der Gruppe 3 auf der einen, den Gruppen 1 und 2 auf der andern Seite bewußt werden. Jene tatbestandlichen Minderungsgründe stellen neben den Normaltypus einen besonderen selbständigen Minderungstypus, die rein objektiven und rein subjektiven Umstände hingegen nuancieren nur auf erfolglichem bezw. auf schuldlichem Gebiet den Tatbestand des Normaldelikts. Diese Erkenntnis wird wichtig gegenüber dem aus dem Schuldhaftungsgedanken und der Gebundenheit des heutigen Strafrechts an feste Tatbestände sich ergebenden Satz, daß der Irrtum den Tatbestand nicht zu ersetzen vermöge. Wenn wir mit Hälschner und Binding den Fall der Kindestötung, da die uneheliche Mutter ihre Unehelichkeit nicht kennt, so entscheiden, daß dann 212 Anwendung zu finden habe, so kann man uns nicht zum Vorwurf machen, daß wir hier die irrtümliche Annahme der Ehelichkeit das (negativ gesetzte) Tatbestandsmoment der Ehelichkeit des § 212 ersetzen lassen. Weit gefehlt! Die Unehelichkeit *ist* gar kein Tatbestandsmoment, sondern reines Schuldmoment. § 217 und 212 *haben nur ein und denselben Tatbestand*: Tötung eines Menschen, und § 217 führt nur den schuldnuancierenden Umstand der Unehelichkeit ein; hinter dem scheinbaren Tatbestandumstand ist ein reiner *Schuld*umstand verborgen (s. o. pag. 28). — Bei dieser von *Binding* schon in den Normen vertretenen Auffassung erledigt sich die oben S. 19, Abs. 1, letzter Satz erwähnte Schwierigkeit höchst einfach. *Schweizer*, der dieses Falles auf S. 61 seiner Abhandlung gedenkt, schreibt darüber: „Der zu beurteilende Tat-

bestand (sc. der vermeintlichen, unehelichen Mutter, die ihr Kind tötet) steht in Wahrheit in der Mitte zwischen dem Tatbestand des 211 und dem des 217. Er enthält den objektiven Tatbestand des 211 und den subjektiven des 217". Ganz richtig: den objektiven des 211 und den subjektiven in der durch 217 modifizierten Weise! Beide Paragraphen zusammen bilden die Grundlage des Urteilsspruchs. Nicht um ein Entweder-Oder handelt es sich, wenn man, wie wir, davon ausgeht, daß § 217 einen selbständigen, objektiven Tatbe stand garnicht aufstellt[1])

B. Besonderer Teil.

Treten wir nunmehr in die Untersuchung der einzelnen Minderungsumstände ein und sehen wir, in wieweit das geltende Recht Beispiele der oben genannten drei Arten denkbarer Strafminderungsumstände enthält.

I. § 217.

Derjenige Strafminderungsgrund, der als einer der ältesten und verbreitetsten in der Literatur am meisten Beachtung gefunden hat, ist der des § 217 St.G.B. Ueber die ratio der milderen Behandlung der Kindestötung ist man nicht alle

[1]) So wird auch klar, warum es nicht, wie v. Hippel, Olshausen und Student (s. o. S. 17 und u. S. 43) wollen, angängig ist, bei irrtümlicher Annahme des erschwerenden bezw. bei Unkenntnis des Minderungsumstandes Versuch des qualifizierten bezw. des Grunddelikts anzunehmen. Grunddelikt und Minderungsfall haben ja, wenigstens für gewöhnlich, gar keinen verschiedenen Tatbestand! Der Diebstahl, den ich an 20 Flaschen Wein begehe, wird nicht deswegen zu einem Versuch des Mundraubs, weil ich glaubte, es sei nur eine Flasche in der weggetragenen Kiste; die Tötung eines unehelichen Kindes wird nicht um des willen versuchte Tötung, weil ich das Kind für ehelich gehalten habe. Mein Irrtum kann die Tatsache, daß ich einen Menschen vorsätzlich erschlagen habe, nicht aus der Welt schaffen! Mit demselben Recht könnte man dann auch von einer fahrlässig begangenen Kindestötung sprechen. Allein — Binding hat in den Normen II S. 511 schon darauf hingewiesen — den Menschen im unehelichen Kind habe ich vorsätzlich getötet! (S. übrigens auch Frank, V. D., Allg. T. V. S. 253 und 267/68).

Zeit derselben Meinung gewesen. Kant glaubte noch, sie sei in der Minderwertigkeit des Objekts, des unehelichen Kindes gegenüber einem ehelichen, zu suchen und heute noch stehen Olshausen, Frank und Beling auf diesem Standpunkt. Es läßt sich ja auch nicht leugnen, daß der an germanische Anschauungen anknüpfende Gedanke ein gewisses Maß von Richtigem enthält, der, bei Wächter angedeutet, bei Wehrli (p. 71) so ausgesprochen wird: „Tötung des ehelichen Kindes von Seiten der Mutter bedeutet Zerreißen all der Bande, welche das neugeborne Kind mit dem Ehegatten, mit der Familie desselben verknüpft, während die uneheliche Mutter durch eine solche Tat bloß das Verhältnis vernichtet, welches zwischen ihr und dem Kinde besteht. Das eine wird von den Angehörigen geliebt, vielleicht mit Sehnsucht erwartet, das andere von der Mutter, ihrer Familie und der übrigen Welt verstoßen".

Aber alle Versuche, die die Minderung des 217 auf das Objekt des Verbrechens zurückführen wollen, scheitern an der einfachen Ueberlegung, daß es dann unerklärlich wäre, warum das Objekt „uneheliches Kind" nur „in oder gleich nach der Geburt" des allgemeinen, höheren Schutzes unwürdig erachtet wird. — So haben denn, wie Wehrli berichtet (p. 38) zuerst Leyser und Koch einen anderen Gesichtspunkt als ratio legis aufgebracht: die uneheliche Kindsmörderin wird milder bestraft, weil sie in Ehrennotstand handelt. Gans, der diese Auffassung teilt, kommt auf Grund ihrer (p. 276) zu folgendem Schluß: „Es ist anzunehmen, daß die Verbrecherin nicht aus dem Motive, die Schande ihres unehelichen Gebärens zu verheimlichen — nicht aus Ehrgefühl — ihr Kind getötet habe, sondern aus andern, eigennützigen Absichten

a) wenn sie dies selbst derart eingesteht, daß ihr Geständnis vollkommenen juristischen Glauben verdient,
b) wenn die Schwangerschaft nicht verheimlicht oder verleugnet worden ist u. auch andere als der Schwängerer um dieselbe gewußt haben,
c) wenn die Geburt nicht hilflos oder doch nicht absichtlich allein und ohne Hilfe stattgefunden hat,

d) wenn der Leichnam des Kindes nicht verborgen worden ist, und auch andere Personen als Blutsverwandte und der Schwängerer Kenntnis von der Geburt, der Verbrecherin bewußt, haben erlangen müssen,

e) wenn die uneheliche Mutter durch die uneheliche Geburt ersinnlicherweise keine Schande zu erdulden hatte oder die Verbrecherin gar keine uneheliche Mutter ist.

Die willfährige Tötung des Kindes wird hier zum gemeinen Verwandtenmorde".

Gans geht, wie man sieht, sehr weit; ihm ist der ganze Kindestötungsparagraph nichts anderes mehr, als eine Anweisung des Gesetzgebers, bei Vorhandensein von Ehrennotstand milder zu judizieren, und er tritt in eine Kasuistik darüber ein, wann solcher Notstand gegeben sein und angenommen werden könne, wann nicht: er ersetzt geradezu den Tatumstand durch die ratio legis.

Nun ist später Kleist dieser durch die Autorität Feuerbachs gedeckten Ansicht, welche die Verheimlichung der Schwangerschaft zum Tatbestandsmerkmal der Kindestötung machte, mit guten Gründen entgegengetreten. Kleist schreibt (pag. 16): „Oft genug kann sich der Fall ereignen, daß ein geschwängertes Mädchen, durch verschiedene auf sie einstürmende traurige Verhältnisse in die höchste Seelenangst versetzt, ihr neugeborenes Kind tötet, ohne daß die geforderte Verheimlichung stattgefunden hat." Hier kommt die schon von Wächter mit großem Scharfsinn herausgearbeitete, heute wohl allgemein angenommene Auffassung zum Ausdruck: nicht in der Furcht vor Schande oder den Nahrungssorgen an sich, die ja auch bei der ehelichen Mutter und in Ansehung älterer Kinder vorliegen können, sondern in dem Umstand, daß solche Momente unter dem Einfluß des Gebäraktes stärker zu wirken pflegen, ist der Grund der milderen Behandlung der unehelichen Kindsmörderin zu sehen. Wenn Katzenstein (Z. 24, pag. 562) Hälschner und Binding die Konsequenz nahe legt: daß sie von ihrem

Standpunkt aus[1]) die Lohndirne, die das ihr lästige Kind tötet, ohne daß sie dessen Unehelichkeit sonderlich drücken würde, nicht nach 217 bestrafen könnten, so will er sie nur auf dieselbe falsche Bahn lenken, die Gans, wie wir eben sahen, betrat, als er den Tatumstand durch die ratio legis ersetzte. Der Gesetzgeber geht eben einmal, und zwar in unwiderleglicher Weise und im Einklang mit der medizinischen Wissenschaft davon aus, daß der Gebärakt — auch bei der Lohndirne — die Psyche der Gebärenden mehr oder weniger heftig in Mitleidenschaft zieht und „daß die in diesem Zustande auftretenden Antriebe zur Tötung gerade bei der unehelichen Mutter — gesteigerte Kraft erlangen" (v. Liszt). Freilich, warum gerade nur bei der unehelich Gebärenden jene Tötungsantriebe Berücksichtigung finden sollen, ist nicht erfindlich, und der Gesetzgeber muß, wenn er konsequent ist, wie anderwärts (z. B. im österr. Recht) auch bei uns zu einer Gleichstellung der ehelichen Kindsmörderin mit der unehelichen gelangen. Aber man darf nicht der Hälschner-Binding'schen Auffassung zur Last legen, was in Wahrheit nur ein Fehler des Gesetzgebers ist. Gewiß ließe sich in dem Falle, wo eine uneheliche Mutter ihr Kind zwar in der Meinung tötet, es sei ein eheliches, aber dabei von Nahrungssorgen getrieben wird, die um deswillen nicht geringer sind, weil sie sich für ehelich hält — der Ehemann hat sie vielleicht mit einer Schar Kinder sitzen lassen — gewiß ließe sich in diesem Falle mit einer der unrichtigen Ansichten ein richtiges Ergebnis erzielen: Olshausen und Frank könnten eine solche Frau nach 217 bestrafen. Allein es handelt sich ja nicht darum, ein für die Praxis annehmbares Resultat im einzelnen Fall zu ermöglichen (ein solches ließe sich übrigens auch bei Anwendung des 212 im vorliegenden Falle durch Berücksichtigung der Notlage der Mutter bei der Strafausmessung erreichen), sondern darum, das Gesetz richtig auszulegen. Die Theorie hat, namentlich in Zeiten der Gesetzgebung, die Aufgabe, Inkonsequenzen des alten Rechts

[1]) — es sei wesentlich das drückende Bewußtsein von der Unehelichkeit des Kindes, was im Erfordernis der Unehelichkeit zum Ausdruck komme —

und etwa daraus entspringende Härten bloßzulegen, nicht sie zu übertünchen.

Man kann über den Fall des § 217 zusammenfassend sagen: der Gesetzgeber war, als er die Unehelichkeit zum Tatumstand der Kindestötung machte, von dem Gedanken geleitet, daß mit dem Tatumstand der Unehelichkeit stets auch ein geringeres Maß von Schuld der im Bewußtsein ihrer Unehelichkeit tötenden Mutter verknüpft sei. So sagt denn auch Binding, Lehrbuch I, S: 32: „Strafrechtlich kommt nur die Tatsache der Unehelichkeit in Betracht, freilich nur die Tatsache der Unehelichkeit, sofern sie sich im Bewußtsein der Mutter spiegelt, nicht als Wertmesser des Kindes! Ist es doch wesentlich das drückende Bewußtsein von der Unehelichkeit des Kindes, das im objektiven Erfordernis der Unehelichkeit symptomatisch zum Ausdruck kommt".[1]) § 217 würde also korrekt zu lauten haben: Die Mutter, die ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, und weiß oder annimmt, daß es unehelich ist, wird milder bestraft. Die Vorstellung der Unehelichkeit muß der Richter feststellen, wenn er nach 217 strafen will. Wir haben es mit einem „Schuldumstand" zu tun. Nicht genügt die Feststellung, daß die Mutter tatsächlich eine uneheliche war, denn von der bloß objektiven Tatsache führt keine Brücke zur seelischen Depression, die einzig und allein den Minderungsgrund des 217 bildet.

2. § 157.

Fast noch deutlicher als bei § 217 tritt der Schuldumstandscharakter bei § 157 zu Tage. § 157 bestimmt, daß der Meineidige milder bestraft werden soll, wenn

1. die Wahrheit gegen ihn selbst eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen konnte, oder

[1]) Man könnte den schuldmindernden Umstand der Unehelichkeit in 217, der in der Form eines objektiven Tatbestandsumstandes auftritt, in Wahrheit aber ein Schuldumstand ist, einen maskierten Schuldumstand nennen.

2. der Aussagende die falsche Aussage zu Gunsten einer Person, rücksichtlich welcher er die Aussage ablehnen durfte, erstattet hat, ohne über sein Recht die Aussage verweigern zu dürfen, belehrt worden zu sein.

Im ersten Fall ist es die Furcht, sich selbst eine Verfolgung zuzuziehen, die es begreiflich und einigermaßen entschuldbar macht, daß der Schwörende im Zwiespalt der Gefühle dem Selbsterhaltungstrieb mehr folgt als der Pflicht zur Wahrheit: aus diesem Interessenkonflikt allein, den übrigens die Motive zu § 155 des Entwurfs für den Nordd. Bund ausdrücklich hervorheben, erklärt sich § 157 Ziff. 1. Es sollte daher einleuchten, daß dort, wo dieser Interessenkonflikt nicht vorhanden ist, auch die ratio legis privilegantis fehlt, genau ebenso, wie daß sie dort gegeben ist, wo jener Konflikt auftritt, m. a. W. es sollte klar sein, daß der Irrtum über die strafmindernden Tatsachen relevant ist. Aber nur Binding vertritt, seiner allgemeinen Anschauung getreu, die richtige Ansicht (Lehrbuch II, 1 S. 163). v. Liszt erklärt den Irrtum für gänzlich irrelevant. Olshausen und Frank behandeln auch hier die beiden Problemfälle verschieden. Für diesen Paragraphen kann die von Lisztsche Auffassung als die herrschende bezeichnet werden; denn auch das Reichsgericht hat sich ihr in zwei Entscheidungen angeschlossen. Die eine davon, die den Fall irrtümlicher Nichtkenntnis des Minderungsumstandes betrifft, steht im 23. Band der Entsch. S. 149. Hier sucht das Reichsgericht sein Festhalten am Wortlaut des Gesetzes damit innerlich zu rechtfertigen, daß es sagt, es liege bei dem in Unkenntnis des Minderungsumstandes handelnden Täter „eine Verminderung — wenn auch nicht des subjektiven, so doch des objektiven Unrechts" vor. Allein: ist denn dieses „objektive Unrecht" d. h. der Erfolg des vom Verfolgungsgefährdeten geleisteten Meineides anders, geringer als der des gewöhnlichen Meineides? Keineswegs! Wie sich gerade aus 157 ergibt, unterfällt auch jener zunächst dem § 154 bezw. 155. Und ganz bezeichnend sagt 157, die an sich verwirkte Strafe soll, wenn der

Minderungsgrund zutrifft, herabgesetzt werden. Kann deutlicher zum Ausdruck kommen, daß § 157 keinen selbständigen Tatbestand eines andersartigen Meineides aufstellen, sondern nur, wenn gewisse Umstände dies gerechtfertigt erscheinen lassen, eine Herabsetzung der Meineidsstrafe eintreten lassen will? Ob diese Umstände nun objektiv wirken oder nur wenn sie sich im Bewußtsein des Täters spiegeln, das ist die Frage. Es ist also eine petitio principii, wenn das RG. von einem geringeren Erfolg — denn das ist das objektive Unrecht — spricht. Erst wenn bewiesen ist, daß das Gesetz selbst im § 157 einen objektiv mindernden Umstand einführt, hat es Sinn und Berechtigung, von einem geringeren Erfolg zu sprechen; denn wohin käme man sonst mit der Vorstellung des objektiven Unrechts, wenn für die Bestimmung des Erfolgs alle nur möglichen, nicht vom Gesetz selbst berücksichtigten Umstände in Betracht gezogen würden! Wäre dann nicht auch das objektive Unrecht geringer, einen gewohnheitsmäßigen Verbrecher niederzustechen als ein wertvolles Glied der Gesellschaft; oder könnte man dann nicht nach § 199 kompensieren, wenn ich jemanden schwer beleidige, sich aber nachträglich bei mir zu Hause ein Brief vorfindet, in dem der Beleidigte mich ebenfalls schwer beleidigt, kompensieren eben mit der Begründung, es sei zwar nicht mein subjektives, aber doch mein objektives Unrecht geringer. Und endlich: wie paßt zu dieser vom RG. hier verteidigten Berücksichtigung des geringeren objektiven Unrechts gegenüber dem subjektiven seine konsequent festgehaltene Auffassung von der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs!?

Mit dem anderen Problemfall, dem Fall irrtümlicher Annahme des Minderungsumstandes, beschäftigt sich das RG. in Band 43 S. 67 seiner Entscheidungen. Hier wird zunächst einmal ganz mit Unrecht behauptet, die vom RG. vertretene Auffassung habe „die fast ungeteilte Zustimmung in der Literatur" gefunden. Keine Geringeren als die beiden Kommentatoren und Binding sind anderer Ansicht. Freilich ist das Reichsgericht nur über den letzteren recht unterrichtet, Olshausen und Frank rechnet es zu seiner Partei, obwohl die gegenteilige Auf-

fassung der Beiden an den vom Reichsgericht genannten Stellen ihrer Kommentare deutlich genug ausgesprochen ist.

Die Gründe, die das Reichsgericht für seine Ansicht geltend macht, sind wenig stichhaltig. Daß der Gesetzeswortlaut zu Gunsten seiner Ansicht spricht, wissen die Gegner selber sehr wohl. Aber kann man am Wortlaut hängen bleiben? - - Das ist die Frage! Muß nicht das RG. mit seiner Auffassung den legislatorischen Grundgedanken des § 157 desavouieren? Ist das „zutreffende Gesetzesauslegung"? Das RG. meint, wenn die subjektive Seite hätte Berücksichtigung finden sollen, so wäre es wie bei Ziffer 2 unschwer gewesen, dies zum Ausdruck zu bringen. Ja, mit dieser Erwägung kann man gegen jede interpretatio corrigendi gratia argumentieren! Und wenn das RG. endlich glaubt, es sei keine dem allgemeinen Rechtsempfinden entsprechende Gesetzesanwendung, wenn man einem Meineidigen die Strafminderung des § 157 zugute kommen lasse, der sich Einbildungen hingebe, für die vielleicht nicht einmal die geringsten tatsächlichen Unterlagen vorhanden seien, so könnte man dem die Frage entgegenstellen, ob es vielleicht mit dem allgemeinen Rechtsempfinden übereinstimme, demjenigen Meineidigen die Minderung zu versagen, der infolge eines naheliegenden Irrtums eine Strafverfolgung für sich befürchten mußte, den Anderen aber, der von der in Wahrheit bestehenden Verfolgungsmöglichkeit keine blasse Ahnung hatte, an der Minderung des 157 teilhaben zu lassen!

Stooß (V. D. III. pag. 291) sucht die herrschende Lehre ebenfalls zu verteidigen; er meint, die objektive Fassung des § 157 habe einen guten Sinn; denn auch der Zeuge, der die Gefahr der Verfolgung nicht kenne, wisse doch um seine Tat, die ihn beschäme. — Aber, ist denn die Scham die ratio der Minderung? Oder ist sie auch nur eine der Verfolgungsfurcht gleichwertige? Braucht man sich jeder strafbaren Handlung zu schämen und gibt es nicht auch andere als strafbare Handlungen, deren man sich schämen kann? Ja, gibt es nicht überhaupt zahlreiche Gründe, außer den vom Gesetz erwähnten, die eine mildere Bestrafung des falsch Schwörenden angebracht er-

scheinen ließen? Z. B. Rücksicht auf die Gesundheit Angehöriger, die durch eine bestimmte Aussage in eine lebensgefährliche Angst oder Aufregung geraten könnten? Stooß nimmt hier in gesetzwidriger Weise eine ganz willkürliche Erweiterung der ratio legis vor!

Auffallenderweise spricht Binding (l. c.) nur von § 157 Ziff. 1. Und doch scheint mir die ratio legis der Ziff. 2 derjenigen der Z. 1 durchaus ähnlich zu sein. Die Notlage, in der sich jemand befindet, der, da er über sein Verweigerungsrecht nicht aufgeklärt worden ist, aussagt, während er mit der Partei in einem zeugnisverweigerungsberechtigenden, nahen Verhältnis steht, diese Notlage ist es, die eine Abweichung von der Wahrheit milder erscheinen läßt. Auch hier ist ein doppelter Irrtum denkbar: Einmal, der Zeuge nimmt irrtümlicherweise ein solch nahes Verhältnis an, er wird von dem Richter, der von jenem Irrtum des Zeugen nichts ahnt, auch nicht aufgeklärt, leistet vielmehr unter dem Einfluß seiner irrigen Meinung einen falschen Eid: § 157 Z. 2. greift meiner Ansicht nach Platz. Dann der umgekehrte Fall: Weder Zeuge noch Richter wissen um das nahe Verhältnis zu der Partei; der Zeuge schwört aus irgend einem anderen Grunde falsch: hier kann, da die der ratio legis entsprechende Zwangslage gefehlt hat, § 157 Ziffer 2 keine Anwendung finden. — Also auch hier haben wir Minderungsumstände rein schuldlicher Natur: im Bewußtsein des Täters müssen sie vorliegen, wenn die Minderungsgründe — bei Ziffer 1 die Furcht, bei Ziffer 2 die seelische Bedrängnis — gegeben sein und die Bestimmungen des Paragraphen Anwendung finden sollen.

3. § 370 Ziffer 5.

Den in der Praxis vielleicht wichtigsten Minderungsgrund stellt das StGB. in § 370 Ziffer 5 auf. Auch die Bedeutung des Mundraubs hebt sich von den Grunddelikten des Diebstahls und der Unterschlagung nur bei scharfer Erfassung seiner ratio legis ab. Diese ist unschwer zu erkennen. Sie liegt, wie Friedländer (Z. 11, S. 406) hervorhebt, ohne Zweifel „in der Rücksicht auf Stillung des Hungers oder

Durstes als den Beweggründen der Tat und auf die Geringfügigkeit der Rechtsverletzung, wobei wohl der erstere Umstand am schwersten ins Gewicht fällt".[1])

Die Bedeutung des § 370 Z. 5 liegt also darin, daß er einen benannten Minderungsgrund für Diebstahl und Unterschlagung in das Gesetz einführt; er will sagen: Wenn der mit Bescheidenheit gepaarte Trieb, ein augenblickliches Gelüste oder Bedürfnis zu befriedigen, jemand zu einer diebischen Handlung geführt hat, so soll er milder behandelt werden. Aus dieser Erkenntnis der ratio legis ergibt sich nun zunächst, daß der Begriff „Nahrungs- und Genußmittel" subjektiv zu fassen ist; denn nicht das Objekt „Nahrungs- und Genußmittel" wird minder geschützt, und man kann auch an Nahrungs- und Genußmitteln

[1]) Das Beispiel Franks von dem Geizhalse, der eine ihm vielleicht gar nicht angenehme Speise entwendet, um sie nach Verlauf einer Stunde zu verzehren, und der, wie Frank meint, zweifellos nach 370 Z. 5 zu bestrafen ist, kann gegen die auch hier vertretene, herrschende Lehre nichts beweisen, die zur Anwendung des 370 Z. 5 fordert, daß ein Gelüste den Täter zu seiner Handlung bestimmt hat. Man darf sich dadurch, daß in diesem Beispielsfalle die Beweislage zweifelhaft ist, nicht stören lassen: Entweder der Geizhals hat zum alsbaldigen Gebrauch entwendet, dann ist er milder zu behandeln, auch wenn er an sich und objektiv betrachtet angesichts seines Reichtums nicht zu hungern brauchte — oder aber der Geizhals ist nicht von einem Gelüste getrieben worden, dann ist er als gemeiner Dieb zu bestrafen. Auch das Reichsgericht verdunkelt (E. Bd. 17 pag. 333) die Frage, auf die es ankommt, wenn es sagt: Für den Vorsatz des 370 Z. 5 sei es nicht charakteristisch, daß er „durch ein augenblickliches Gelüste hervorgerufen und sofort ausgeführt" werden müsse, denn es könne eine Entwendung i. S. des 370 Z. 5 auch vorliegen, wenn der Täter den Vorsatz schon lange Zeit vor der Entwendung gefaßt habe. Gewiß, nicht ist von Erheblichkeit, wann der Täter seinen Vorsatz faßt; er kann es sich ganz allgemein zum Grundsatz gemacht haben, Nahrungsmittel zu entwenden, so oft er Hunger hat, er kann sich sogar die Nahrungsmittel, die er demnächst entwenden will, ganz konkret vorstellen; ob, wenn er die Tat vollbringt, 370 Z. 5 oder 242 auf ihn Anwendung findet, hängt lediglich davon ab, ob er im Augenblick der Tat mit der Absicht alsbaldigen Verbrauchs handelte oder nicht. Dies kann freilich sehr oft zweifelhaft sein; wenn aber der Mangel jener Absicht nicht eklatant ist, so gilt der Satz: in dubio mitius.

gemeinen Diebstahl begehen! So auch Harburger, V. D. VI. S. 301, Anm. 2. Es ergibt sich weiterhin, daß der Irrtum des Täters in Ansehung des entwendeten Gegenstandes relevant ist; wenn z. B. jemand eine Sparbüchse entwendet und sie, die in Form und Farbe wie ein Apfel aussieht (sog. Attrappe), für einen wirklichen Apfel gehalten hat, so ist er zunächst — ob wenn er den Gegenstand nachher behält, er wegen Unterschlagung zu bestrafen ist, steht auf einem anderen Blatt — nur wegen 370 Z. 5 zu bestrafen. Umgekehrt unterfällt derjenige, der es auf eine solche Sparbüchse abgesehen hat, in Wahrheit aber ein Stück Obst erwischt, dem § 242.

Auch das Moment „geringe Menge" ist nicht objektiv privilegierend; in ihm hat sich nur, ebenso wie in dem Moment „Nahrungs- und Genußmittel", die ratio legis — augenblickliches Gelüste — objektiviert. Der Sinn ist: Wer 100 Eier oder 2 Dutzend Würste auf einmal entwendet, kann unmöglich nur zur Befriedigung eines augenblicklichen Bedürfnisses gehandelt haben. Zum andern freilich liegt in diesem Erfordernis, wie auch in dem des unbedeutenden Wertes, ein Maßstab für die Intensität des Vorsatzes: Der physische Antrieb soll wohl zunächst entschuldigen, aber er soll sich auch durch das Bewußtsein, daß es sich um einen bedeutenderen Wert handelt, einschüchtern lassen und sich verschämt zurückziehen. Wer drei Flaschen Bier zu entwenden glaubt, ist nur wegen Mundraubs zu bestrafen, auch wenn der Täter später zu seiner großen Freude findet, daß es 3 Flaschen feinsten Sektes sind; trinkt er freilich trotz dieser Erkenntnis die Flaschen aus, so ist er auf Grund von 246 zu bestrafen. Unmöglich aber kann man, wie das Reichsgericht, Bd. 3 S. 166, will, trotz des Irrtums gewöhnlichen Diebstahl annehmen, wenn man zu der Ueberzeugung gelangt, daß der Täter die Sache auch entwendet hätte, wenn ihm bewußt gewesen wäre, daß es keine Nahrungsmittel sind. Geyer hat sich Z. 3 p. 306 ff. mit vollem Recht gegen diese ungeheuerliche Entscheidung gewendet, die dazu führt, daß man den Täter nicht um deswillen aburteilt, was er getan hat, sondern um deswillen, was man ihm zutraut.

Umgekehrt ist derjenige, der ein Weinkistchen entwendet, in dem er 20 volle Flaschen vermutet, auf Grund von 242 zu bestrafen, auch wenn sich später ergeben hat, daß 19 Flaschen leer und nur eine gefüllt war. Voraussetzung dabei ist natürlich, daß man dem Täter – was allerdings nur selten gelingen wird – zweifelsfrei nachweisen kann, er habe wirklich 20 Fl. in der Kiste vermutet. Die verschiedenen Autoren vertreten, soweit sie des Falles überhaupt gedenken, die ihren allgemeinen Anschauungen (siehe oben) entsprechende Ansicht. Von den Monographen erklärt Berger den Irrtum für irrelevant, weil die Tat in ihrer objektiven Erscheinung das Rechtstörende sei (pag. 90). Gegen ihn wendet sich Student, indem er pag. 20 schreibt: „Uns scheint diese Ansicht total verfehlt. Nicht im Objekt an sich liegt der Unterschied zwischen Diebstahl und Mundraub, sondern gerade in dem inneren Moment des Willens, im Motiv und im Zweck der Tat". Hier hat Student ganz recht; ich kann ihm aber nicht beistimmen, wenn er nachher (pag. 29) im Fall irrtümlicher Annahme des Minderungsgrundes versuchten Mundraub und daher Straflosigkeit annimmt (s. o. S. 31).

Es ist interessant, gerade an § 370 Ziffer 5 zwei Arten, wie die rein schuldlichen Minderungsgründe im Tatbestand erscheinen können, zu studieren. Das Merkmal der Bescheidenheit kommt objektiviert in den Worten „unbedeutender Wert" und „geringe Menge", das Merkmal des triebartigen Gelüstes dagegen zum Teil objektiviert in den Worten „Nahrungs- oder Genußmittel", zum Teil unmittelbar-psychisch durch die Worte „zum alsbaldigen Verbrauch" zum Ausdruck. Während aus jenen objektivischen Momenten das Vorhandensein der von der ratio legis gemeinten psychischen Verfassung nur zu erschließen ist, drücken diese unmittelbar- oder primär-psychischen Umstände die vorbenannte Qualität der Psyche des Täters direkt aus. Auf sie kann sich der Vorsatz naturgemäß gar nicht beziehen; sie drücken ja selbst schon etwas Psychisches aus. In Ansehung ihrer taucht auch die Frage des Irrtums nicht auf. Man kann sie als vom Vorsatz nicht zu erfassende Strafbarkeits-

merkmale oder als primär psychische Schuldumstände bezeichnen. — Fassen wir das Ergebnis kurz zusammen: Der Richter, der auf Grund von 370 Ziffer 5 strafen will, muß feststellen: 1. die — richtige oder falsche — Vorstellung des Täters, es handle sich um Nahrungs- oder Genußmittel von unbedeutendem Wert oder geringer Menge — 2. die Absicht des alsbaldigen Verbrauchs. Wir haben also auch hier einen Fall rein schuldlicher Minderung.

4. §§ 236. 313. 363. 217. 56.

Als primär psychische Schuldumstände erscheinen nun speziell die Minderungsgründe der §§ 236 Abs. 2, 313 Abs. 2, 363. In 236, zweite Satzhälfte, wird der Entführer statt mit Zuchthaus nur mit Gefängnis bedroht, wenn er in der Absicht handelte, „die Entführte zur Ehe zu bringen". Die gleiche Minderung des Strafrahmens nimmt § 313 Abs. 2 für denjenigen Täter vor, der eine Ueberschwemmung nur in der Absicht, sein Eigentum zu schützen, herbeigeführt hat. Nach § 363 soll der Urkundenfälscher statt mit Gefängnis nur mit Haft oder Geldstrafe belegt werden, wenn er die Fälschung zum Zweck seines besseren Fortkommens vorgenommen hat. In allen drei Fällen erscheint das Motiv des Handelns — im ersten Fall die Liebe, im zweiten Fall das Vermögensinteresse, im dritten der Erwerbstrieb als einigermaßen entschuldbar. Daß man nun über seine Absicht oder seinen Zweck nicht im Irrtum sein kann, ist ohne weiteres klar: sowohl irrtümliche Annahme, als irrtümliche Unkenntnis dieser Minderungsumstände ist etwas ganz und gar Undenkbares und Unmögliches. Sie sind also rein schuldlicher Art. Sie werfen ein klärendes Licht auch auf den Sinn des § 217. Denn, wenn man sich einmal vorstellt, der Gesetzgeber hätte in § 313 Abs. 2 eine etwas andere Fassung gewählt, es hieße z. B.: War das Eigentum des Täters gefährdet, als er zur Handlung schritt, so wird er milder bestraft — so träte er äußerlich an die Seite des § 217. Man würde den Sinn der Bestimmung aber völlig verfehlen, wenn man sich dann durch die Fassung verleiten ließe, den Täter auch milder zu strafen,

wenn sein Eigentum nur objektiv, ihm unbewußt, gefährdet war, wenn seine Absicht also nicht auf den Schutz seines Eigentums gerichtet war und nicht gerichtet gewesen sein konnte! Die Verschiedenheit der Fassung des 217 gegenüber der des 313 hat aber nur technische, keine sachlichen Gründe!

An diese Gruppe der primär-psychischen Schuldumstände schließen sich Umstände an, die man als präsumptive Schuldumstände bezeichnen könnte. Zu ihnen gehört einmal das von Finger (Lehrbuch I. Seite 248) als für den Vorsatz irrelevante Zeitmodalität aufgefaßte Moment „in oder gleich nach der Geburt" des § 217, das in Wahrheit nichts anderes besagen will, als unter der psychischen Depression des Gebäraktes. Diese Depression wird präsumiert, wenn die Tat „in oder gleich nach der Geburt" begangen wurde. Ferner gehört hieher der Strafminderungsgrund der Jugendlichkeit (§§ 56. 57. 58.); sein Sinn ist der, daß der Jugendliche, auch wenn er die Einsicht in die Strafbarkeit seines Tuns besessen hat, doch nicht in vollem Umfang schuldfähig ist. Der Jugendliche mangelt der vollen Schuldfähigkeit wegen seiner — präsumptiv — unvollkommenen psychophysischen Reife, so wie die uneheliche Mutter ihrer mangelt infolge der Depression des Gebäraktes. Welche Vorstellung der Täter über sein Alter hat, ist daher ganz gleichgültig. Nicht darauf, ob er sich für jugendlich gehalten hat, kommt es an, sondern lediglich darauf, ob er es ist. An die objektive Tatsache ist präsumptiver Weise die Minderung, das geringere Schuldmaß, hier geknüpft.

5. §§ 213. 216.

Durch die Art ihrer Fassung sehr erleichtert ist die Beurteilung des Irrtums in den §§ 213 und 216. Gerade der anderwärts so falsch entschiedene Fall irrtümlicher Nichtannahme des den Minderungsgrund ausdrückenden Tatumstandes findet hier eine zweifelsfreie Lösung in unserem Sinn: Weiß der Täter nichts von der ihm vom Getöteten zugefügten Beleidi-

digung (213), kennt er die an ihn — etwa brieflich — ergangene Aufforderung nicht (216), so ist er durch diese Tatsachen auch zu seiner Handlung nicht „bestimmt" worden und die betreffenden milderen Paragraphen können nicht Platz greifen. Andererseits muß dem Täter die irrtümliche Annahme, der Getötete habe ihn schwer beleidigt, oder habe ihn zur Tötung flehentlich aufgefordert, zugute gehalten werden. Denn der eigentliche Nachdruck liegt nicht darauf, daß der Getötete den Täter beleidigt oder aufgefordert hat, sondern darauf, daß der Täter durch die Beleidigung gereizt oder durch die Aufforderung bestimmt zur Tat geschritten ist. Die §§ 213 und 216 stellen eine interessante Zwischenstufe zwischen der Art des § 217 und der des § 313 dar: Würde der Gesetzgeber einfach gesagt haben: „Hat der Totschläger in einem ohne seine Schuld hervorgerufenen Zustande der Gereiztheit gehandelt", so hätten wir es mit einem dem § 313 analogen Fall eines primär-psychischen, vom Vorsatz gar nicht erfaßbaren, für den Irrtum gänzlich unzugänglichen Schuldumstand zu tun. Hätte der § 213 dagegen die Fassung: „Hat der Getötete den Täter ohne dessen Schuld zuvor mißhandelt oder schwer beleidigt", so würde er dem § 217 an die Seite treten und wir hätten das Beispiel eines rein symptomatischen, sog. maskierten Schuldumstandes. „Ihm oder einem anderen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung" in § 213, und „das ausdrückliche und ernstliche Verlangen" in § 216 sind objektive Momente, die nur als Symptome der seelischen Verfassung des Täters (in 213: gereizt und erregt, in 216: veranlaßt und gedrängt zu sein) figurieren; „gereizt" und „zur Tat hingerissen", bezw. „bestimmt" dagegen sind Ausdrücke, welche die Gemütsverfassung des Täters unmittelbar betreffen, sind primär-psychischer Natur. Sehr zweckmäßig ist eine derartige Mischform nun nicht; daß insbesondere die Form des symptomatischen Schuldumstandes nur mit Vorsicht gebraucht werden sollte, sieht der Gesetzgeber in § 213 selbst ein, und fühlt sich daher veranlaßt, dem - durch den symptomatischen Schuldumstand („durch eine Mißhandlung oder schwere Beleidigung") kasuistisch gewordenen - Vorder-

satz die Worte folgen zu lassen: „Oder sind andere mildernde Umstände vorhanden". An diese kasuistische Ausgestaltung von Minderungsgründen, die sich aus Zeiten primitiver Gesetzgebungstechnik auf uns vererbt hat, wird der moderne Gesetzgeber die Axt zu legen haben. Daß der deutsche Vorentwurf auf dem besten Wege dazu ist, wird sich weiter unten zeigen.

C. Zusammenfassung des Ergebnisses.

Im Vorstehenden hat sich gezeigt, daß unter den Minderungsfällen des deutschen StGB.[1]) weder reine Erfolgsumstände, noch spezifisch tatbestandliche Umstände (s. o. S. 28 ff.) vorkommen, daß vielmehr alle Minderungsumstände als reine Schuldumstände zu charakterisieren sind und sich folgendermaßen gruppieren:

1. Umstände, an deren Vorhandensein im Bewußtsein des Täters die Minderung sich anknüpft,
   a) symptomatische oder maskierte Schuldumstände: 157, 213: „durch Mißhandlung oder schwere Beleidigung", 216: „durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen", 217: „uneheliches Kind", 370 Ziffer 5: „Nahrungs- oder Genußmittel",
   b) primär-psychische Schuldumstände oder Gemütsumstände: „zum Zorne gereizt" und „zur Tat hingerissen", 216: „bestimmt", 236, 313, 363, 370 Z. 5: „zum alsbaldigen Verbrauch".
2. Umstände, mit deren objektivem Vorliegen der Minderungsgrund gegeben ist: präsumptive Schuldumstände: § 56; § 217: „in oder gleich nach der Geburt".

Diese letztere Gruppe ist nicht zu verwechseln mit den reinen Erfolgsumständen oder Strafdrohungsbedingungen. Denn im Gegensatz zu diesen sind und bleiben sie Schuldumstände,

[1]) Diese Begrenzung ist wohl zu beachten. An und für sich muß an der Möglichkeit der S. 28/30 charakterisierten Minderungsumstände festgehalten werden und für die Gruppe der reinen Erfolgsumstände bietet der „kleine Diebstahl" der C. C. C. ein treffliches Beispiel. S. Harburger V. D. VI. S. 284 ff.

allerdings Schuldumstände, die mit dem Bewußtsein des Täters in keinerlei Beziehung zu stehen brauchen[1]). Wir haben in ihnen eine Stütze für die Auffassung Franks, daß es Schuldelemente gibt, die mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit nichts zu tun haben (s. „Aufbau des Schuldbegriffs" S. 523, u. Komm. S. 129). Aber noch mehr: Auch die primär-psychischen Schuldumstände sind Schuldelemente dieser Art; sie sind zwar nicht ohne Beziehung zum Bewußtsein, aber sie sind nicht wie die vom Vorsatz zu ergreifenden Tatbestandsumstände Gegenstand, sondern Eigenschaften des Bewußtseins — „Intensitätsmerkmale" des Vorsatzes, um ein Binding'sches Wort zu gebrauchen. Endlich sind aber auch die maskierten Schuldumstände Schuldelemente, die mit dem Vorsatz nichts zu tun haben. Zwar sind es Umstände, die der Täter, sollen sie ihm zugerechnet werden, wissen muß. Aber nicht alle Umstände, die der Täter wissen muß, sind Gegenstand des Vorsatzes, sondern, wie auch Frank, Komm. S. 129 hervorhebt, nur diejenigen Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören. Nun gehören aber die in den Paragraphen der ersten Gruppe auftauchenden Minderungsumstände (wie oben S. 30 und 31 dargelegt) nicht zum Tatbestand eines besonderen milderen Deliktes: es gibt nicht einen selbständigen Tatbestand „Mundraub" oder „Kindestötung", sondern nur gewisse hinter scheinbaren Tatbestandsumständen sich verbergende Schuldumstände, welche die Diebstahls-, Unterschlagungs- oder Tötungsschuld in bestimmter Weise nuancieren.

Und so taucht eigentlich die Frage nach der Relevanz des Irrtums bei den rein schuldlichen Minderungsumständen gar nicht auf, so wenig als bei den rein objektiven, erfolglichen Umständen, den Strafdrohungsbedingungen. Denn nur soweit gewisse Umstände Gegenstände des Vorsatzes sein müssen, hat die Frage nach der Bedeutung des Irrtums über diese Umstände einen Sinn: weil eben, wie einleitend hervorgehoben, die Irrtumslehre nur die Vorsatzlehre von der negativen Seite her ist. Wir kommen also auf eine Auffassung zurück, die Bin-

[1]) Insofern ist die Formulierung oben S. 28 Ziffer 1 zu eng.

ding schon in seinen Normen vertreten hat (s. o. S. 12 ff.), nur statten wir sie mit der Folgerichtigkeit aus, die Binding selbst später (s. o. S. 22/23) angebracht hat.

IV. Bisherige Versuche gesetzgeberischer Lösung des Problems.

1. Der österreichische und Schweizer Entwurf.

Mehrere Gesetzgeber der neueren Zeit haben die Streitfragen der Irrtumslehre durch positive Bestimmungen zu lösen versucht. Mit Bezug auf unser Problem hieß es in § 54 des von Glaser redigierten Entwurfes eines österreichischen Strafgesetzbuchs von 1874: „Wenn sich jemand bei Begehung einer vom Gesetz für strafbar erklärten Handlung in einem Irrtum über ein tatsächliches Verhältnis befand, so ist der Beurteilung seiner Handlung der von ihm irrtümlich angenommene Sachverhalt zu Grunde zu legen" und der Schweizer Entwurf von 1893 sagte in Artikel 14 dasselbe mit folgenden Worten: „War der Täter, als er handelte, in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt befangen, so ist sein widerrechtliches Handeln auf Grund dieser Vorstellung zu beurteilen".

An diese letztere Bestimmung hat sich eine lebhafte literarische Auseinandersetzung angeschlossen. v. Lilienthal hat (Z. 15, pag. 285) den Standpunkt des Entwurfs gebilligt; v. Liszt (in Braun's Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik 1893 pag. 408) ihn scharf getadelt. In der Expertenkommission für die Vorarbeiten zu einem Schweizer StGB. hat, wie Hippel V. D. III. pag. 430 berichtet, Gretener darauf hingewiesen, daß nach diesem Artikel des Entwurfs die irrige Annahme straferhöhender Umstände dem Täter zum Schaden gereichen müsse. Deshalb wurde beschlossen, dem Artikel 14, den Zusatz zu geben: „Zu ungunsten des Täters findet diese Bestimmung keine Anwendung."

Dieselbe Aenderung hat der § 54 des österreichischen Entwurfs erfahren. In der Fassung von 1891 hieß es an der betr. Stelle: „so ist zu seinen Gunsten anzunehmen, . . .“ Die Motive sagen darüber: „Nach der ursprünglichen Fassung würde z. B. derjenige, welcher eine Sache von unbedeutendem Werte stiehlt, wenn er irrtümlich der Meinung gewesen wäre, daß er eine zum Gottesdienste gewidmete Sache gestohlen habe, unter den viel strengeren Strafsatz des § 256 kommen [1]). So wenig es aber ein Putativdelikt geben darf, so wenig darf es eine Putativqualifikation geben.“ Lediglich in anderer Fassung kehrt die Bestimmung des Entwurfs von 1891 in § 9 des neuen Entwurfs von 1909 wieder.

2. Der norwegische Entwurf.

Eine bewußte Anlehnung an den österreichischen Entwurf stellte der § 42 des norwegischen Strafgesetzentwurfs von 1896 dar. Die Motive zu ihm führen (wie bei Hippel, V. D. III. S. 435 zu lesen ist) theoretisch ganz richtig und in Uebereinstimmung mit der oben vertretenen Auffassung (allerdings, worauf Hippel mit Recht hinweist, in einer mit der Fassung „zu seinen Gunsten“ nicht vereinbaren Weise) aus: Die Regel des § 42 erstrecke sich auch auf Strafausschließungs- und Milderungsgründe; es folge daraus, daß der Täter nicht härter, aber auch nicht milder beurteilt werde, als es der Fall gewesen wäre, wenn seine irrige Annahme richtig gewesen sein würde.

3. Kritik dieser Entwürfe.

Trotz alledem teile ich die ablehnende Haltung der Kritik gegenüber diesen Entwürfen; denn wenn sie sich auch in der Frage des Irrtums über Strafänderungsumstände in der Richtung der hier vertretenen Auffassung bewegten, so gingen

[1]) Ist fraglich! Ob die Eigenschaft der Sache, dem Gottesdienst gewidmet zu sein, nicht als Erfolgsumstand anzusehen wäre?

und gehen sie doch an einem Punkte weit über die von der Wissenschaft zu ziehenden Grenzen hinaus. Und dieser Punkt ist der, daß nach der Auffassung der Entwürfe der Irrtum unter Umständen den fehlenden Tatbestand ersetzen müßte. Was das heißt, sehen wir am besten an einem Beispiel, das auch Kohlrausch (l. c. S. 12 ff., 15) gebraucht:

Jemand schießt in der Dämmerung, wie er meint, auf eine Katze, in Wahrheit ist es ein Kind. Nach den Entwürfen müßte hier der Täter wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung bestraft werden, obwohl keine Sache beschädigt, wohl aber ein Mensch körperlich verletzt worden ist. Diese naive, von einem ganz verschwommenen Billigkeitsgefühl eingegebene Auffassung würde die wertvolle Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Tatseite preisgeben und damit die Grundbegriffe des heutigen Strafrechts: Versuch und Fahrlässigkeit, Vorsatz und Tatbestand über den Haufen werfen. Kein Gesetzgeber, der auf begriffliche Reinlichkeit hält, kann sie annehmen. — Daß unsere Auffassung, trotzdem sie den Grundgedanken der ausländischen Entwürfe acceptiert, in dieser Hinsicht nicht über das Ziel hinausschießt und zu Bedenken keinen Anlaß gibt, darüber siehe oben S. 30 ff.

4. Der deutsche Vorentwurf.

Der deutsche Vorentwurf hat die so unzulängliche Fassung des bisherigen § 59 mit Recht nicht aufgenommen. Es wäre auch falsch zu meinen, man könne die Frage nach dem Wesen und der Bedeutung der strafmindernden Umstände durch Bestimmungen im allgemeinen Teil des StGB. lösen. Wenn unsere Arbeit eines gezeigt hat, so ist es dies: daß alles darauf ankommt, den Strafminderungsgrund, die ratio der Minderung, scharf, klar und technisch geschickt zum Ausdruck zu bringen. Dies aber ist eine Aufgabe, die im besonderen Teil eines StGB. zu lösen ist.

Was die Bearbeiter des deutschen Vorentwurfs denn auch richtig erkannt haben: ihr Werk stellt in dieser Hinsicht einen entschiedenen Fortschritt dar.

So sagen die Motive S. 537 mit Bezug auf die §§ 157 und 158: „Der Entwurf erachtet die Ausnahmen nicht für ausreichend. Es kommen sowohl bei dem Meineid im engeren Sinn, wie der falschen eidlichen Aussage, wie die Praxis lehrt, auch sonst Fälle vor, die eine mildere Auffassung zulassen. . . . Dies gilt namentlich dann, wenn der Meineid aus einem sittlich nicht verwerflichen Beweggrunde begangen ist, oder der Täter in einer Zwangslage gehandelt hat, die der vom Gesetz in § 157 Ziffer 1 und 2 berücksichtigten nahe kommt, z. B. wenn der Täter durch Angabe der Wahrheit sich selbst zwar nicht einer strafbaren, aber einer unehrenhaften, ihn gesellschaftlich herabwürdigenden Handlung schuldig bekennen, wenn er das Vertrauen oder die Ehre einer auf seine Verschwiegenheit bauenden dritten Person preisgeben müßte, oder wenn er unter einem beherrschenden Einfluß oder unter dem Druck eines äußeren Abhängigkeitsverhältnisses gefehlt hat. . . . Da es unmöglich ist, diese Fälle erschöpfend aufzuzählen, so erachtet es der Entwurf für das richtigste, durch allgemeine Zulassung mildernder Umstände auch hier wie bei anderen Verbrechen die Würdigung des Einzelfalles dem erkennenden Gericht vorzubehalten". — Sobald so die Minderung nicht mehr an einzelne, besondere Umstände geknüpft wird, ist natürlich die ganze Frage des Irrtums gegenstandslos.

In ganz ähnlichen Erwägungen ergeht sich die Begründung des Entwurfs (pag. 747) bezüglich des an Stelle des § 370 Ziffer 5 vorgesehenen § 272: „Der § 370 Ziff. 5 ist zu eng gefaßt, indem er nur die Entwendung von Nahrungs- und Genußmitteln zum alsbaldigen Verbrauch berücksichtigt, obwohl dem Täter gewichtige Milderungsgründe auch dann zur Seite stehen können, wenn er sich Sachen aneignet, die nicht Nahrungs- oder Genußmittel sind. Diese Mängel haben hauptsächlich darin ihren Ursprung, daß das Strafgesetzbuch bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung eines richtigen Gedankens von

den zutreffenden Fällen nur die vielleicht häufigsten ins Auge gefaßt und so den Grundgedanken nicht ausreichend durchgeführt hat." In der Folge wird dann ausdrücklich das Motiv des Gelüstes aufgenommen, ihm zur Seite als gleichwertig aber das der Not gestellt und so mit vollem Recht auch andere, dem Verbrauch dienenden Gegenstände in den Kreis des § 370 Ziff. 5 gezogen. Daß der Entwurf andererseits gewisse Gebrauchsgegenstände nach wie vor ausgeschieden sein läßt, z. B. Papier, Tinte, Spielzeug, verdient Billigung. Der Entwurf begründet es freilich unzutreffend mit dem Fehlen eines praktischen Bedürfnisses; in Wahrheit trifft bei diesen Gegenständen eben keines der entschuldigenden Motive zu: weder ein physischer Reiz, ein animalisches Gelüste, noch die Not wirkt hier. Dagegen kann dieses letztere Moment sehr wohl wirksam sein in Ansehung von Geld, und es führt der Entwurf zu einer ganz unbilligen Härte, den Handwerksburschen, der in der Küche ein Stück Brot oder Wurst gesucht hat, aber den Schrank verschlossen findet, und nun das auf dem Schrank liegende 10 ₰ Stück nimmt, um sich im nächsten Laden die begehrte Wurst zu kaufen, schärfer anzufassen, als wenn er ein paar Minuten später in die Küche gekommen wäre, und die inzwischen von der Hausfrau selbst gekaufte Wurst vom Schrank weggenommen hätte. - Der Entwurf befindet sich auch im Irrtum, wenn er meint, er habe eine gewisse Wiederanknüpfung an die alte Theorie vom „kleinen Diebstahl" vorgenommen. Allerdings: die Fassung des Vorentwurfs kann zu dieser falschen Meinung verleiten; durch den Wennsatz erscheint das Merkmal des geringen Wertes als objektives Strafbarkeitsmerkmal; und doch weist die Begründung des Entwurfs — wie wir es schon oben getan haben — ganz richtig auf den Zusammenhang des geringen Wertes mit den Motiven der Not und des Gelüstes hin: „Vergreift sich der Täter an einem solchen (sc. Gegenstand von erheblichem Wert) so wird er regelmäßig nicht aus Not oder, einem augenblicklichen Gelüste unterliegend, handeln, sondern es wird sich fast immer ein eigentlicher Diebeswille hinzugesellen." Der erhebliche Wert wird also nur als Indiz

für das in Wahrheit wirksame Motiv behandelt. Selbstverständlich aber kann er nur ein Indiz sein, wenn der Täter sich über ihn eine Vorstellung gemacht hat. Der Irrtum über ihn ist daher wie oben ausgeführt, relevant.

Nicht in gleicher Weise hat der Entwurf dem legislatorischen Grundgedanken des § 217 zu einer folgerichtigen Ausgestaltung verholfen. Daß die ratio legis auch bei der ehelichen Mutter zutreffen könne, bestreitet der Entwurf nicht, kann er nicht bestreiten. Trotzdem begnügt er sich, um die seitherige Fassung zu verteidigen, mit den nichtssagenden Worten, daß „sittliche wie kriminalpolitische Gründe einer Ausdehnung auf die Tötung ehelicher Kinder entgegenstehen." (p. 644).